

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE LA  
CLAUSE DE VOIE PARÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT  
(SCIENCES JURIDIQUES)

---

*Présentée et soutenue le mardi 16 avril 1907, à 1 heure*

PAR  
Pierre BESNARD

---

*Président :* M. PIÉDELIÈVRE.  
*Suffragants :* { MM. AMBROISE COLIN, *professeur.*  
                          TISSIER, *agrégé.*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1907







**THÈSE**  
**POUR LE DOCTORAT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DE LA  
CLAUSE DE VOIE PARÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le mardi 16 avril 1907, à 1 heure*

PAR

Pierre BESNARD

---

*Président :* M. PIÉDELIÈVRE.

*Suffragants :* { MM. AMBROISE COLIN, professeur.  
TISSIER, agrégé.

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1907





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## BIBLIOGRAPHIE

---

- Accarias.** — Précis de droit romain, 4<sup>e</sup> édit. Paris, 1886-1891.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français, 4<sup>e</sup> édit. Paris, 1869-1878.
- Baudry-Lacantinerie.** — Précis de droit civil, 7<sup>e</sup> édit. Paris, 1899-1900.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, 2<sup>e</sup> édit. Paris, 1899.
- Beaumanoir.** — Les Coutumes de Beauvoisis, édit. Beugnot. Paris, 1842.
- Bioche.** — Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 5<sup>e</sup> édit., Paris, 1866.
- Boitard, de Linage, Colmet-Daage et Glasson.** — Leçons de procédure civile, 14<sup>e</sup> édit. Paris, 1885.
- Bourdot de Richebourg.** — Coutumier général, 1724.
- Bourjon.** — Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes. Paris, 1747.
- Bouteiller.** — Somme rurale, édit. Charondas. Paris, 1611.
- Carré et Chauveau.** — Lois de la procédure civile et administrative, 4<sup>e</sup> édit. Paris, 1862-1873.
- Chardon.** — Réformes dans les lois sur la procédure civile. Paris, 1837.
- Dalloz.** — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris, 1844-1869. — Supplément au Répertoire. Paris, 1887-1897.
- Delvincourt.** — Cours de droit civil. Paris, 1819.
- Dupin.** — Réquisitoires, plaidoyers et discours. Paris, 1842.
- Duranton.** — Cours de droit français suivant le Code civil, 4<sup>e</sup> édit. Paris, 1844.
- Dutruc.** — Supplément analytique et alphabétique aux lois de procédure civile et commerciale de Carré et Chauveau. Paris, 1880-1883.
- Duvergier.** — De la vente. Paris, 1835.

- Esmein.** — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français. Paris, 1883.
- Favre.** — « Codex definitionum forensium et rerum in sacro Sabandiæ senatu tractatarum », 1765.
- Fuzier-Herman.** — Répertoire général alphabétique du droit français.
- Garsonnet.** — Traité théorique et pratique de procédure. Paris, 1882-1897.
- Giraud.** — Essai sur l'histoire du droit français. Paris, 1845.
- Glasson.** — Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. Paris, 1882-1883.
- Glasson, Lederlin et Dareste.** — Code de procédure civile annoté pour l'Empire d'Allemagne.
- Isambert.** — Anciennes lois. Paris, 1821-1830.
- Jeannest-Saint-Hilaire.** — Du notariat et des offices.
- Laurière (Eusèbe de).** — Glossaire du droit français. Paris, 1704.
- Laurière.** — Ordonnances royales. Paris, 1723-1728.
- Lehr.** — Des divers régimes hypothécaires de la Suisse.
- Locré.** — Esprit du Code Napoléon. Esprit du Code de procédure. Paris, 1805.
- Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1829-1832.
- Loysel.** — Institutes coutumières. Paris, 1846.
- Malleville (de).** — Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat. Paris, 1809.
- Merlin.** — Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux, 4<sup>e</sup> édit. Paris, 1830.
- Papon.** — Recueil d'arrêts notables. Lyon, 1556.
- Pardessus.** — La loi salique. Paris, 1843.
- Persil.** — Questions sur les privilèges et hypothèques, saisies immobilières et ordres. Paris, 1820.
- Pierre de Fontaines.** — Conseil. Paris, 1846.
- Pigeau.** — Procédure civile du Châtelet. Paris, 1779.
- Pothier.** — OEuvres annotées par M. Bugnet, 2<sup>e</sup> édit. Paris, 1861-1862.
- Rozière (de).** — Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du v<sup>e</sup> au x<sup>e</sup> siècle. Paris, 1859-1871.
- Sarrien.** — Projet de loi portant révision du Code de procédure civile. Paris, 1898.
- Tambour.** — Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs en droit romain et dans l'ancien droit français. Paris, 1856.
- Thomine-Desmasures.** — Code de procédure civile.

**Troplong.** — Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code.  
Paris, 1843-1864.

**Viollet** (Paul). — Les établissements de Saint-Louis. Paris, 1881.

### Périodiques.

*Annuaire de législation étrangère.*

**Dalloz.** — *Recueil périodique et critique de doctrine et de jurisprudence.*

**Defrénois.** — *Répertoire général pratique du notariat.*

*Journal de procédure.*

*Journal des avoués.*

*Journal des notaires.*

*Journal officiel.*

*Moniteur universel.*

*Pandectes françaises.*

*Revue critique de législation et de jurisprudence.*

**Sirey.** — *Recueil général des lois et arrêts.*

---



# DE LA CLAUSE DE VOIE PARÉE

---

## INTRODUCTION

Parmi les nombreuses questions qui sollicitent l'attention du jurisconsulte, l'exécution forcée occupe une des premières places.

On se sent tout impressionné, en effet, lorsqu'on envisage le moment où, ne pouvant faire honneur à ses engagements, le débiteur devra laisser vendre le petit bien qui forme tout son avoir, la maison de ses pères, celle où il est né, où il a établi son foyer, où il a vu grandir ses enfants. Et l'on arrive à se demander si le législateur, chargé de régler en ce moment pénible les rapports du créancier et du débiteur, a suffisamment sauvegardé l'un sans sacrifier l'autre, ou même sans les sacrifier tous les deux.

La situation est des plus délicates.

D'une part, le prêteur, en venant à l'aide d'un homme dans le besoin, lui remet le fruit de ses économies, avec la confiance qu'au terme convenu, ce capital, dont il prévoit avoir alors besoin, lui sera fidèlement rendu.

D'autre part, le débiteur a le ferme espoir, au moment où il contracte l'emprunt, de se libérer à l'échéance, avec le produit de son travail aidé du capital emprunté.

C'est donc librement que l'un et l'autre ont arrêté l'époque du remboursement.

Mais, le terme arrivé, les opérations du débiteur ont été malheureuses, il ne peut pas payer. De son côté, le créancier a absolument besoin de son argent pour faire face lui-même à ses propres échéances ; il a des dettes qu'il a compté payer au moyen de ce remboursement, il va être poursuivi, peut-être même mis en faillite.

Il importe donc au créancier, si le débiteur se montre négligent dans la réalisation de son immeuble ou y résiste, de pouvoir l'y contraindre promptement. De là ces anciennes conventions qui attribuaient au créancier, dès la naissance de la dette, à défaut de paiement à l'échéance, la propriété des biens du débiteur ; conventions redoutables, que le législateur moderne a condamnées sous le nom de conventions léonines ou de pacte comissoire, et qui dissimulaient souvent un prêt usuraire, la valeur du gage dépassant vraisemblablement le montant de la dette.

A cette époque, on envisageait surtout l'intérêt du créancier.

Dans la législation actuelle, c'est, au contraire, le débiteur qui est protégé à outrance ; mais cette protection devient en même temps sa ruine. Les multiples formalités de la procédure de saisie immobilière prolongeant au delà de toute vraisemblance, et en contradiction flagrante

avec la convention originaire, le délai fixé au contrat, le créancier attend des mois entiers, quelquefois des années, la mise en adjudication de l'immeuble qui garantit sa créance ; et le jour enfin où cette adjudication a lieu, il se voit primé par une somme énorme de frais entraînés par toutes ces formalités, si bien que dans les petites affaires on a vu les frais absorber entièrement le prix de la réalisation. Le créancier perd alors sa créance. Quant au débiteur, il est dépouillé de son bien et sa dette reste entière.

Aussi, au commencement du siècle dernier, la pratique des affaires, pour éviter ces lenteurs et ces frais, avait-elle appliqué un mode de réalisation qui n'avait rien de léonin et qui assurait à peu de frais la prompte réalisation du gage, tout en sauvegardant, par une publicité et une procédure prudentes, les intérêts du débiteur .

Ce résultat était obtenu par la clause de voie parée, que la Chambre des notaires de Paris, et, successivement toutes les autres Chambres de notaires, avaient consacrée par cette formule :

« Comme condition essentielle des présentes, il est convenu qu'à défaut de paiement de tout ou partie de la somme prêtée, le créancier aura le droit, que lui confère le débiteur, de vendre l'immeuble ci-dessus hypothéqué, aux enchères et par le ministère de M<sup>e</sup> X..., notaire à X..., ou de son successeur, en remplissant les formalités suivantes :

« 1<sup>o</sup> Le défaut de paiement sera constaté par un com-

mandement, annonçant l'intention de faire usage de la présente clause trente jours au moins après le commandement ;

« 2° Le cahier des charges sera rédigé à la requête du créancier par M<sup>e</sup> X....., ou son successeur. La mise à prix ne pourra être moindre de.... et l'adjudication sera ensuite annoncée au moyen de deux appositions d'affiches, aux lieux indiqués par l'article 961 du Code de procédure civile, faites à dix jours d'intervalle et constatées par acte d'huissier, et de deux insertions d'un extrait succinct du placard dans les journaux de l'arrondissement de la situation des biens ;

« 3° Un extrait du placard sera signifié au débiteur vingt jours avant l'adjudication ;

« 4° La vente n'aura lieu que trente jours après la première apposition d'affiches ;

« En conséquence, le créancier demeure autorisé à requérir l'adjudication, à recevoir le prix jusqu'à concurrence de sa créance en principal et intérêts, etc...

« Les droits et pouvoirs ci-dessus, étant les conséquences de la présente obligation, seront irrévocables et transmissibles aux ayants cause du créancier » (1).

Cette clause ne ressemblait en rien au pacte commissaire, elle n'attribuait point au créancier les biens du débiteur. Tout au contraire, ces biens étaient vendus aux enchères publiques, après deux séries d'affiches précédées

(1) Jeannest Saint-Hilaire, *Du notariat et des offices*.

d'un commandement et le débiteur, pendant l'accomplissement de ces formalités, pouvait trouver le temps de rembourser. Dans tous les cas l'immeuble devait atteindre sa valeur véritable, puisque tout le monde était appelé à enchérir.

L'économie énorme de frais, qui résultait de l'emploi de cette clause, augmentait le crédit du débiteur ; il pouvait ainsi emprunter presque jusqu'à la valeur intégrale du gage, alors qu'aujourd'hui, dans l'appréciation de cette valeur, il faut défalquer les frais considérables de saisie et de vente : en sorte que sur un immeuble de faible valeur un débiteur ne peut rien emprunter du tout.

C'est là une question économique du plus haut intérêt, comme l'a déclaré M. Chégaray au cours des travaux préparatoires de la loi de 1841 : « Je considère la clause de voie parée, disait l'honorable député, comme une question d'économie publique de premier ordre. Je voudrais attirer sur elle l'attention, non seulement des hommes spéciaux qui seuls jusqu'à présent ont pris part à la discussion, mais de tous ceux qui, dans la Chambre, s'occupent d'économie politique, de crédit public et privé, du mouvement de la propriété, car ce ne sont pas de moindres intérêts, à mon sens, qui se trouvent engagés dans la discussion » (1).

Et pourtant le législateur, dans le but d'augmenter encore la sécurité du débiteur, a voté, le 2 juin 1841, un projet de loi sur la vente judiciaire des biens immeubles,

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1841, p. 130.

dont une disposition, devenue depuis le nouvel article 742 du Code de procédure civile, contient la prohibition formelle de la clause de voie parée.

Cet article est ainsi conçu : « Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue. »

Ce texte n'a point convaincu tout le monde, et certains jurisconsultes, de nos jours encore, réclament l'abrogation de l'article 742.

On peut donc se demander si la prohibition de la clause de voie parée est bien justifiée et si le législateur n'a pas exagéré la protection qu'il devait au débiteur.

C'est ce que nous nous proposons de rechercher au cours de ce travail.

Pour résoudre cette question, il nous paraît indispensable de rappeler tout d'abord l'historique de la clause de voie parée et de montrer par suite de quelle évolution la législation française est arrivée à la prohibition actuelle.

Nous considérerons ensuite la prohibition en elle-même, nous rechercherons si elle est justifiée ou non et nous étudierons la portée et le champ d'application des textes qui la contiennent.

Enfin, nous jetterons un coup d'œil sur les législations étrangères et nous indiquerons les modifications législatives qui ont été proposées en France.

Notre étude sera donc divisée en trois parties :

*Première partie.* — Historique de la prohibition de la clause de voie parée.

*Deuxième partie.* — Examen critique de la prohibition.

*Troisième partie.* — Droit comparé et projets de réforme.



## PREMIÈRE PARTIE

### HISTORIQUE DE LA PROHIBITION DE LA CLAUSE DE VOIE PARÉE

---

Dans le remarquable rapport qu'il présenta en 1850 à l'Assemblée nationale (1) au nom de la Commission de la réforme hypothécaire et du Crédit foncier, M. de Vatimesnil a indiqué l'origine immédiate dans la pratique française de la clause de voie parée.

« Avant la loi de 1844, dit-il, les formalités de la saisie immobilière étaient si longues, si compliquées, si coûteuses, si hérissées de difficultés, si abondantes en nullités, que tous les légistes et tous les praticiens cherchaient un remède à ces graves inconvénients.

« Ce fut dans cette situation qu'un jurisconsulte estimé, du département des Basses-Pyrénées, conçut l'idée d'une clause dont l'objet était de substituer un mode conventionnel d'expropriation au mode défectueux établi par le Code de procédure de 1806. Cette clause consistait dans un mandat irrévocable donné par le débiteur au créancier de

(1) *Moniteur universel* du 26 mars 1850.

faire vendre, à défaut de paiement, l'immeuble qui lui était hypothéqué. Le défaut de paiement devait être constaté par un commandement. La vente ne pouvait avoir lieu qu'après un certain délai convenu entre les parties, devant un notaire désigné par l'acte, et à la suite de publications par voie d'affiches et d'insertions dans les journaux. Tous ces points étaient réglés par le contrat. C'est ce genre de convention qui est connu sous le nom de clause de voie parée.

« Cette clause prit faveur par suite des vices de la législation de l'époque, auxquels elle remédiait. Du département des Basses-Pyrénées, elle se répandit dans les départements voisins, et notamment dans celui de la Gironde. »

Mais l'origine de la clause nous paraît devoir être recherchée beaucoup plus loin dans le passé. Il y a, en effet, clause de voie parée, toutes les fois que les parties se sont écartées de la route que le législateur leur a tracée pour la réalisation du bien du débiteur et ont cherché à côté un chemin qu'elles ont préparé à leur guise

Cette clause se rattache peut-être ainsi au pacte adjoint à la fiducie du droit romain ou à la *pignus* usitée chez les barbares, en vertu de laquelle le créancier saisissait les biens de son débiteur sans recourir à la justice, et se les appropriait sans jugement ni mise en vente. Cet usage, que les lois germaniques s'efforcèrent de réprimer, reparut, du reste, au moyen âge dans le droit féodal. Plus tard, nous retrouverons encore, dans certaines coutumes, des

procédures qui tendent, soit à faire vendre les immeubles du débiteur au profit de ses créanciers, soit à leur en attribuer la propriété en paiement, sans avoir recours à l'autorité de la justice.

Ces procédures, que nous allons étudier dans leurs détails, jetteront peut-être quelque clarté sur l'origine un peu obscure de la clause de voie parée.

## CHAPITRE PREMIER

### DROIT ROMAIN.

Aux premiers temps de Rome, alors que ses rudes habitants n'ont que superficiellement dépouillé la barbarie de leurs pères, les rapports de droit sont encore rudimentaires. Au point de vue des relations de créancier à débiteur, que nous considérons dans cette étude, tout est encore à peu près à faire.

On ne connaît guère que l'exécution sur la personne. Le *nexum* donne au créancier des droits exorbitants sur le débiteur lui-même ; celui-ci peut être vendu comme esclave au delà du Tibre ou même mis à mort. Les biens, au contraire, ne répondent de la dette que d'une manière tout à fait exceptionnelle : tels sont les cas de *pignoris capio*. On conçoit que dans de semblables conditions, au milieu de l'obscurité qui entoure à cette époque l'exécution sur les biens, il soit impossible d'étudier à fond le point de savoir s'il était permis de substituer à des règles, encore bien imparfaites, des formes dues à l'initiative privée.

Nous voyons pourtant, dès ces temps reculés, apparaître un principe qui ira se développant à travers les âges dans la législation romaine. Nous voulons parler de la

modification subie par les règles d'exécution, lorsqu'une sûreté spéciale était consentie au créancier.

Cette tendance se révéla, dès le début, dans la fiducie, convention employée dans différents cas, mais dont un seul se rattache à notre sujet, la *fiducia cum creditore*. Lorsqu'un débiteur voulait donner à son créancier une sûreté réelle, il lui transférait la propriété d'un objet à charge d'un transfert en sens inverse, lors de l'acquittement de la dette.

En principe, le créancier devait conserver la chose indéfiniment, jusqu'à ce qu'il fût payé. Sans doute, étant propriétaire, il pouvait la vendre valablement ; mais il engageait alors sa responsabilité à l'égard du débiteur qui, voulant s'acquitter, réclamait la *res fiduciaria* : faute de pouvoir en retransférer la propriété, le créancier se voyait exposé à l'*actio fiduciæ directæ*. Ce fut précisément pour remédier à cet inconvénient, qu'on eut recours à un pacte, consenti lors de la formation même de la fiducie, et qui donnait au créancier le droit de vendre au cas de non-paiement à une échéance déterminée.

L'avantage que présentait cette clause pour le créancier a dû en rendre l'usage très fréquent. Nous la trouvons dans deux sources épigraphiques romaines relatives à la fiducie : une table de bronze découverte en 1867 sur le territoire de l'ancienne Bétique, près de l'embouchure du Guadalquivir ; et un diptyque de cire trouvé dans les fouilles de Pompéi en 1887.

Quand ce pacte ne fixait pas le mode de vente, le créan-

cier avait toute liberté, pourvu qu'il agit en bon père de famille ; mais au contraire, lorsque les conditions de la vente avaient été déterminées par la convention, le créancier devait s'y conformer pour ne pas engager sa responsabilité. D'ailleurs, si la *res fiduciaria* était vendue pour un prix supérieur au montant de la dette, le surplus revenait au débiteur : « Debitor, distractis fiduciis a creditore, « de superfluo adversum eum habet actionem » (1). Au début, il est probable qu'il n'en était pas ainsi ; le diptyque de Pompéi (1<sup>er</sup> siècle de J.-C.) contient en effet à ce sujet une convention expresse, qui, sans doute, était encore nécessaire à cette époque.

Cette clause, autorisant le créancier à vendre, fut de plus en plus employée et finit par devenir une clause de style : on la considéra comme sous-entendue dans les contrats de fiducie où elle ne figurait pas ; bien plus, on ne tint pas compte de la clause contraire. Lorsqu'il lui était défendu de vendre, le créancier devait seulement faire à son débiteur, avant de passer outre, une sommation de payer sa dette : « Si inter creditorem et debitorem convenit, ut fiduciam sibi vendere non liceat ; non solvente « debitore, creditor denunciare ei solemniter potest, et « distrahere » (2).

La fiducie subsista jusqu'au v<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne ; il en est encore parlé en effet dans les lettres 4 et 24 de Sidoine Apollinaire ; mais elle allait bientôt dispa-

(1) Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 1.

(2) Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 5.

raître, et nous n'en trouvons plus aucune trace à l'époque de Justinien.

Bien avant de tomber en désuétude, la fiducie avait vu naître et grandir à ses côtés les deux institutions qui devaient la supplanter, le gage et l'hypothèque. L'origine du gage doit être très ancienne, mais il ne constitua une sûreté réelle, ayant une existence juridique, que depuis l'introduction du système formulaire. Quant à l'hypothèque, on n'est pas d'accord sur l'époque où elle commença d'être en usage à Rome. D'après certains auteurs, elle aurait été connue dès le *vi<sup>e</sup>* siècle de la fondation de Rome, sous le nom de *pignus oppositum* ; d'autres, au contraire, ne la font remonter qu'au *n<sup>e</sup>* siècle de l'ère chrétienne.

Le gage et l'hypothèque présentaient sur la fiducie l'avantage de ne pas dépouiller le débiteur de la propriété de sa chose : le premier ne transférait au créancier que la possession, et la seconde n'en privait même pas le débiteur. Nous n'avons point à étudier ici en détail ces deux institutions. Il nous suffit d'examiner en quelques mots le droit appartenant au créancier de vendre la chose donnée en garantie par son débiteur ; puis nous pourrions aborder la question qui nous intéresse tout particulièrement, et nous demander si le mode de vente pouvait être déterminé par convention.

A ce point de vue spécial, tout ce que nous dirons du gage s'appliquera aussi à l'hypothèque, les règles étant les mêmes dans l'un et l'autre cas. Nous devons toutefois faire observer que le créancier hypothécaire, n'ayant pas

la possession de la chose, devait l'obtenir avant de faire vendre, à la différence du créancier gagiste qui possédait déjà. Il avait pour cela l'action hypothécaire.

Le droit de vendre n'appartenait dans sa plénitude qu'au créancier premier en rang. C'était là une source de dangers pour les autres créanciers et pour le débiteur lui-même. La vente courait le risque de se faire dans de mauvaises conditions : si le prix offert suffisait à désintéresser le créancier vendeur, celui-ci pouvait s'en contenter, sans se préoccuper ni de la valeur de la chose mise en vente, ni des créanciers qui lui étaient inférieurs en rang. Il y avait pourtant un moyen de remédier à cet inconvénient, à condition de l'exercer avant la vente, c'était le *jus offerendæ pecuniæ*, qui permettait à un créancier inférieur en rang au créancier vendeur de le désintéresser afin de prendre sa place (1).

Au début, il fallut sans doute que le débiteur eût autorisé expressément son créancier à vendre en cas de non-paiement. Gaius nous dit en effet : « ... alienare potest... » item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res « non sit » (2). Javolenus déclare même que le créancier commet un vol en vendant le gage sans y avoir été autorisé.

A l'époque d'Ulpien, on en était arrivé à considérer cette autorisation comme sous-entendue. C'est ce qui résulte d'un texte de ce jurisconsulte ainsi conçu : « Sed etsi non

(1) Digeste, liv. XX, tit. V, *De distr. pign. et hyp.*, l. 5, pr.

(2) Gaius, *Institutes*, II, 364.

« convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure uti-  
« mur, ut liceat distrahere » (1).

Enfin on alla plus loin encore : on finit par estimer que le droit de vendre n'était pas seulement de la nature du gage, mais de son essence même, et que, par suite, il s'imposait aux parties. On ne tenait pas compte de la clause contraire. Le créancier devait seulement, avant de procéder à la vente, faire à son débiteur trois sommations de payer : « Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si  
« distraxerit, furti obligatur : nisi ei ter fuerit denuncia-  
« tum ut solvat, et cessaverit » (2).

Le créancier avait donc le *jus distrahendi pignoris*, mais comment l'exerçait-il ? Y avait-il des formes légales auxquelles on ne pouvait déroger ? Fallait-il, au contraire, tenir compte du mode de vente expressément convenu entre les parties lors de la formation du contrat ?

Il y a sur cette question un texte formel ; c'est une Constitution de Justinien : « Sancimus itaque, si quis rem  
« creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione can-  
« tum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in  
« tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de  
« quibus inter creditorem et debitorem conventum est.  
« Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur  
« fœneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali,

(1) Digeste, liv. XII, tit. VII, *De pign. act.*, l. 4.

(2) Digeste, liv. XIII, tit. VII, *De pign. act.*, l. 4.

« post biennium ex quo attestatio missa, vel sententia  
« prolata est, numerandum, eam vendere » (1).

Si donc il y a eu entre les parties des conventions particulières sur la vente du gage, il faut s'y conformer. Le mode de vente prévu par les parties est la règle ; il n'en faudra chercher un autre que si nulle convention n'y a pourvu. Le créancier doit alors envoyer au débiteur un avertissement, ou obtenir contre lui une sentence judiciaire, et attendre l'expiration d'un délai de deux ans pour procéder à la vente.

La constitution de gage était très souvent accompagnée de conventions accessoires, destinées à protéger le créancier contre l'ennui d'une garde trop prolongée. C'est ainsi que l'on y joignait souvent une convention, par laquelle, faute de paiement à l'échéance, il deviendrait propriétaire de la chose donnée en gage, pour le montant de la dette : c'est la *lex commissoria*, qui était admise à l'époque classique, comme le montre le § 9 des *Fragmenta Vaticana*. Mais les abus qui se produisirent dans son application amenèrent Constantin à la prohiber comme trop désastreuse pour avoir été librement consentie par le débiteur : « Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ  
« (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari eam,  
« et in posterum omnem ejus memoriam aboleri » (2).

A côté de la *lex commissoria*, il y avait d'autres conventions qui pouvaient accompagner la constitution de gage.

(1) Code, liv. VIII, tit. XXXIV, *De jur. dom impetr.*, l. 3, § 4.

(2) Code, liv. VIII, tit. XXXV, *De pact. pign.*, l. 3.

D'abord la convention autorisant le créancier à garder la chose sur une estimation à faire par experts après l'échéance. Ici, en effet, le débiteur devant être admis à débattre le prix, ne pouvait alléguer ni lésion, ni contrainte. Aussi cette convention est-elle restée valable même après la prohibition de la *lex commissoria* : « Po-  
« test ita fieri pignoris datio, hypothecæve, ut, si intra  
« certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris  
« possideat rem, justo pretio tunc æstimandum : hoc enim  
« casu videtur quodammodo conditionalis esse vendi-  
« tio » (1). Il en est de même pour la convention par laquelle le créancier, faute de paiement, avait le droit d'aliéner le gage s'il n'était pas payé : « Si insula, quam  
« tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde  
« a debitore suo restituta, idem in nova insula juris ha-  
« bes » (2).

Les Romains n'avaient donc point songé à établir une procédure obligatoire pour la vente du gage ; ils autorisaient, au contraire les conventions ayant pour but de déterminer les règles à suivre pour procéder à cette vente, même celles qui étaient consenties dès la naissance de la dette. N'est-ce pas là l'ébauche de la clause de voie parée ?

(1) Digeste, liv. XX, tit. I, *De pign. et hyp.*, l. 16, § 9.

(2) Digeste, liv. XX, tit. I, *De pign. et hyp.*, l. 35.

## CHAPITRE II

### DROIT FRANC.

Sous la domination romaine, les peuples qui habitaient la Gaule adoptèrent les lois de leurs vainqueurs et reconnurent aux créanciers le droit de prendre des gages sur les biens de leurs débiteurs.

Mais après l'invasion des Barbares, des principes nouveaux s'introduisirent. Les Germains ne connaissaient pas la propriété individuelle pour les immeubles ; chez eux, la terre appartenait à la tribu, et les chefs en faisaient chaque année un partage de jouissance entre les familles. Dans ces conditions, il était impossible que les immeubles détenus par un membre de la tribu devinssent le gage de ses créanciers, soit de plein droit, soit même en vertu d'une convention expresse ; il ne pouvait donc pas être question d'une procédure de saisie immobilière et les immeubles étaient insaisissables. Quand un créancier ne pouvait obtenir son paiement, il n'avait à s'en prendre qu'aux meubles de son débiteur. D'après différentes lois barbares, le gage mobilier devient la propriété du créancier neuf jours après l'échéance de la dette ; toutefois, le délai est d'un an et un jour lorsqu'il s'agit d'objets précieux, et cette attribution ne se produit jamais pour les

objets consacrés au culte ; ni pour ceux qui sont nécessaires aux besoins de chaque jour : la hache, le pot de fer et la serpe (1).

Cependant les idées toutes différentes que les Barbares trouvèrent sur le sol conquis devaient modifier peu à peu ces principes. Nous voyons, en effet, les immeubles devenir assez rapidement l'objet d'un droit de propriété individuel ; et l'on permet bientôt au propriétaire d'aliéner ces biens, que l'on considérait jusque-là comme un simple dépôt entre ses mains.

A l'époque de Tacite, on aperçoit déjà dans les coutumes germaniques une sorte de saisie privée : la *pignratio*. « Cette saisie était accomplie par un particulier, avec le consentement des lois, mais par sa force personnelle et de son autorité privée. Elle nantissait le créancier et, au bout d'un temps plus ou moins long, aboutissait, non à une vente, mais à une appropriation directe au profit du créancier » (2).

Presque tous les peuples germaniques admirèrent cette *pignratio*, mais seulement pour les obligations nées du prêt, les seules qu'ils connussent à cette époque. Parmi les lois barbares, il y en a deux qui ont incontestablement connu cette saisie privée : la loi des Lombards et celle des Frisons. La puissance publique étant encore très faible, ces lois permettaient au créancier de réaliser, au besoin par la force le droit né dans sa personne.

(1) *Leges Wallicæ*, II, 16, 46-48.

(2) Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*.

Il ne faut pas croire cependant que cette procédure laissât sans défense le débiteur contre lequel elle était injustement dirigée. Le créancier qui pratiquait une *pignoratitia* de mauvaise foi, ou sans être dans certaines conditions déterminées, commettait un délit et s'exposait à payer une amende plus ou moins considérable. Mais il est à remarquer que, plus on s'écarte de l'influence romaine, moins on trouve de sévérité dans les peines édictées.

Tandis que la loi Salique (tit. LXXIII) et la loi des Burgondes (tit. XIX, 1) prononçaient une amende de 12 ou 15 sous, avec la perte du droit et la restitution de l'objet, la loi des Bavares (tit. III, ch. 1, 5) se contentait d'une amende de 6 sous, et la loi des Alamans (tit. LXXXVI, 1) et celle des Frisons (*Additio Sapientium*, tit. IX, 2) déclaraient seulement le créancier responsable du dommage causé par l'esclave ou l'animal pris par lui en gage de son autorité privée.

Lors de la fondation des grands royaumes barbares, la *pignoratitia*, saisie purement privée, dut tendre à disparaître ou, du moins, à se modifier. Le pouvoir public, ayant grandi, devait éprouver une certaine répugnance à laisser exercer par les particuliers le droit d'exécution qui rentrait dans ses propres attributions.

Mais les diverses lois barbares adoptèrent des solutions différentes. Les unes laissèrent subsister la *pignoratitia* avec ses anciens caractères et l'étendirent même, peut-être, à toute espèce d'obligations, se contentant d'exiger l'intervention de la puissance publique pour autoriser la

saisie de certains objets précieux. Telle est la loi des Wisigoths, qui expose ce mode d'exécution (liv. V, tit. VI, chp. III). Si le débiteur, après l'expiration du terme, néglige d'acquitter la dette, le créancier doit conserver l'objet pendant 10 jours ; il doit même aller le reporter au débiteur, si celui-ci se trouve dans le voisinage, et lui demander son paiement. Après ce délai, le créancier doit présenter son gage au magistrat de la cité, qui en fait l'estimation ; il peut alors le vendre lui-même pour le montant de cette estimation et se payer sur le prix, dont l'excédent revient au débiteur.

D'autres lois ne maintinrent la *pignoratitia* que dans ses cas d'application primitifs, et exigèrent qu'avant de saisir le créancier demandât toujours l'autorisation du juge. Parmi elles, nous pouvons citer la loi Salique (ch. LII) dont la procédure était la suivante : 40 jours après l'échéance, le créancier se rend chez le débiteur, accompagné de témoins et de personnes chargées d'évaluer la dette. Si le débiteur ne paie pas, il encourt une amende de 15 sous, et le créancier l'appelle devant le juge à qui il demande de le contraindre à payer. Puis il se rend de nouveau chez son débiteur et le somme de le payer ; s'il refuse, il lui donne un ajournement. Après trois ajournements successifs, à chacun desquels la dette s'augmente de 3 sous, le créancier se présente devant le comte et lui indique le montant de la dette. Celui-ci, assisté de 7 rachimbourgs, se rend chez le débiteur et le somme de payer

son créancier ; au cas de refus ou d'absence, les rachimbourgs prélèvent sur ses biens de quoi désintéresser le créancier.

La loi des Ripuaires (ch. xxxi, *De mannire*) permet également de prendre des biens du débiteur pour les attribuer à son créancier. Mais les délais imposés sont plus longs et les amendes plus élevées : il y a 7 ajournements entraînant chacun une amende de 15 sous.

D'autres lois enfin proscrivirent la *pigneratio* d'une façon formelle, exigeant que le créancier obtint toujours un jugement et appelât à son aide, pour l'exécution, la puissance publique. De ce nombre est l'édit de Théodoric, pour les Ostrogoths, qui consacra le principe romain en vertu duquel c'était au magistrat qui avait rendu la sentence à l'exécuter. Suivant l'article 81 de cet édit, après un délai de deux mois accordé au condamné pour se soumettre à la sentence, des gages peuvent être pris sur lui et vendus au profit du créancier par des « apparitores » attachés à chaque siège. Il en est de même chez les Bourguignons dans le *Papien* (tit. XV).

La loi des Bavares (tit. XII, ch. 1, 1) exige aussi d'une façon formelle l'autorisation du juge : « Pignerare nemini « liceat, nisi permissione judicis. » Elle dit également plus loin (tit. XIII, ch. III, 1) : « Si quis ante audientiam cujus « cunque pignora abstulerit, pignus perdat. »

Toutes ces dispositions n'eurent sans doute pas, dès le début, une efficacité complète. Toutefois, lorsqu'elles se

furent peu à peu généralisées et que l'autorité fut assez puissante pour les faire respecter, il dut se former dans notre très ancien droit un système d'exécution forcée présentant une certaine régularité.

## CHAPITRE III

### DROIT FÉODAL ET COUTUMIER.

Nous venons de voir qu'à l'époque où nous sommes parvenus il existait un système d'exécution forcée sous le contrôle de la puissance publique. La justice était rendue au nom du roi, et nous trouvons un capitulaire de Charlemagne conférant aux « missi dominici » le pouvoir de faire exécuter en son nom.

Mais il était impossible à cette puissance publique de subsister dans les temps troublés qui suivirent la mort de Charlemagne et d'où devait sortir la féodalité. L'autorité centrale tomba, en même temps que le territoire se morcelait, et une foule d'autorités locales s'élevèrent.

Aussi, lorsqu'au commencement du xi<sup>e</sup> siècle l'ordre commença à renaître, ce n'est pas dans les lois générales, mais dans les chartes concernant les usages des diverses localités, que l'on trouve quelques renseignements sur l'état du droit. Cependant ces pouvoirs locaux avaient une sphère d'influence si restreinte que plus d'une charte, en présence d'un habitant d'une ville créancier d'un étranger, se borne à dire : « Jurati quœrent qualiter is quis clama  
« jus suum non perdat. »

En même temps, on voit apparaître de nouveau le droit

de saisie privée : « Anciennement, disait déjà Laurière, on procédait par voye de gagerie d'autorité privée et sans la permission du juge » (1). Cela s'appelle dans les textes de l'époque : *pignorare*, *prendere*, *gagiare*, *nantare* ; et en français : prendre sans justice, faire prise, gager, nanter, prendre gage ou gage abandon.

On trouve même une ordonnance royale qui abolit à Bourges, comme mauvaise coutume, l'usage de s'adresser à la justice pour saisir les biens de son débiteur. On lit, en effet, dans une ordonnance de Louis VII, de 1145, consacrant une décision de Louis VI et qui fut confirmée plus tard par Louis VIII, en 1224 : « Prava rursus consuetudo  
« Bituris tenebatur in fidejussoribus. Quod fidejussoris  
« sui vadimonium capere, sine consensu præpositi seu  
« vigerii, nullus audebat. De quo præceptum est ut qui-  
« cumque fidejussorem habuit ab ipso, sine clamore aliquo  
« ad præpositum sive vigerium facto, vadimonium quis  
« secure capiat » (2).

Un passage de Pierre de Fontaines semble faire de la saisie privée un privilège des nobles : « De l'abandon te  
« digie que li uns frans hom puet prendre de l'autre et  
« tenir jusque justice s'en melle ; et vileins en doit fere  
« prendre par justice et bourgeois aussi : s'il n'est garniz  
« par Charte royale qu'il prendre en puisse. Et ceste forme  
« oste molt de tricheries et s'accorde à tote loiauté » (3).

(1) *Glossaire du droit français*, V. au mot : *Simple gagerie*.

(2) *Ordonnances royales*, t. XI, p. 9 et 48.

(3) *Conseil*, XV, 29, p. 129.

Dans un assez grand nombre de localités, il était admis que le créancier pouvait se faire justice à lui-même par une prise de gage ; et les privilèges accordant à des bourgeois le droit de saisie privée sont nombreux. L'un des plus célèbres est celui que Louis VI le Gros avait accordé aux bourgeois de Paris par une ordonnance de 1134 : « Burgensibus nostris Parisiensibus universis præcipimus  
« et concedimus, si debitores sui, quibus sua crediderint  
« debita, quæ si negata fuerint legitime probari poterunt,  
« terminis sibi a Burgensibus datis non solverint, Burgenses de rebus debitorum suorum, qui de justitia nostra  
« sint, ubicumque et quocumque modo poterunt, tantum  
« capiant, et inde sibi invicem adjutores existant ; et si  
« aliquando de rebus quorum libet ceperint, si legitime  
« inde convinci a Burgensibus non poterunt, Burgenses  
« nullum erga nos foris factum incurrent, sed expensam,  
« et damnum, quæ illi propter hoc facient et habebunt,  
« illis cum lege qua vivunt, reddent, et emendabunt.  
« Volumus et præcipimus ut præpositus noster Parisiensis  
« et omnes famuli nostri Parisienses futuri et præsentés  
« ad hoc sint in perpetuum Burgensibus adjutores » (1).

Ainsi, non seulement le créancier peut exercer lui-même la saisie, mais il doit être aidé par ses concitoyens, et le prévôt et les officiers sont chargés de venir au secours du créancier dans l'exercice de son droit.

Ce droit des bourgeois de Paris fut confirmé, notam-

{ (1) Isambert, *Anciennes lois*, I, p. 143.

ment par Philippe de Valois et Charles VI; mais en même temps le privilège était restreint en ce que les bourgeois ne pouvaient plus saisir eux-mêmes, mais par le ministère de sergents royaux: « Declarantes ut  
« Burgenses ipsi non propria (auctoritate) sed vocatis  
« nostris servientibus debitores suos prædictos possint in  
« prædictis casibus et faciant arrestare » (1).

Le droit de saisie privée est encore attesté de la manière la plus formelle dans plusieurs textes. Ainsi on lit dans les « Consuetudines Soligniaci »: « Creditor qui habebit  
« domum poterit ibidem debitorem suum auctoritate propria gagiare ratione debiti ibidem contracti » (2). Ce même droit se trouve consacré par la Coutume de Charroux en 1247: « Li home de Charros pouent prendre les  
« choses à lor debtor par ço que il lor devient, sans monstrier à seignomage de chose cognogüe, si li deptres no  
« deffent de par le senhor » (3). Il l'est même encore pleinement dans la Coutume de Bergerac, en 1337, article 29: « Quilibet Burgensis pignorare potest pro suo debito cognito vel non cognito. »

Toutefois, dans certaines coutumes, ce droit de saisie privée se trouve restreint; ainsi la Coutume de Martel, de 1219, exige qu'on demande préalablement justice au seigneur de qui dépend le débiteur. D'assez nombreux statuts municipaux du midi de la France prohibent la saisie

(1) *Ordonnances royales*, t. II, p. 438.

(2) *Ordonnances royales*, t. I, p. 6, en note.

(3) Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 402.

privée lorsque le débiteur est un bourgeois et l'admettent, au contraire, lorsqu'il est étranger ou forain. Par là même, la conception change totalement et la saisie devient un mode de représailles : « Si hom de la Paerose gaiaitz hom  
« de fors so debtor o sa fiance, et il menaet gent ob lo con-  
« sail do Segnor, o de son Baele, et cobes jetaet faet o  
« hom jetaet mort n'en suit tengut au Segnor » (1).

Quoi qu'il en soit, il résulte des textes cités que la saisie privée était d'un usage assez répandu à cette époque. Mais à mesure que l'état social s'affermissait, une part moins grande devait être laissée à l'action personnelle du créancier. Aussi, à côté des dispositions favorables au droit de saisie prisee, trouve-t-on dans d'autres chartes des règles opposées.

Les Chartes d'Etampes (1179) et de Ponthieu (1221) déclarent qu'aucune saisie ne pourra être pratiquée qu'après examen du droit prétendu et en vertu d'une décision judiciaire ; et ces coutumes, quoiqu'elles ne prohibent pas formellement l'intervention personnelle du créancier, paraissent cependant bien ne pas l'admettre, puisqu'elles ne font mention pour l'exécution que des officiers royaux ou municipaux.

D'après la Charte de Dommart, accordée par le comte de Dreux en 1246, il n'est permis au créancier de saisir lui-même que si le bailli a refusé de lui prêter son assistance. Les Chartes de Vaisly (1185), de Bourgoin (1298)

(1) Charte de la Pérouse ; Bourdot de Richebourg , III, p. 1008.

et de Senlis (1323) ne parlent que de l'exécution par les magistrats.

Dans cette lutte d'usages si contraires, le droit de saisie privée par le créancier devait nécessairement disparaître, du moins comme droit général. Il fut attaqué à la fois par la Royauté et par l'Eglise, les deux puissances de l'époque féodale. Tandis que les Conciles frappaient de réprobation ces violences juridiques, les officiers royaux cherchaient dans leurs ressorts à extirper ces coutumes.

Il n'en est pas dit un mot dans Beaumanoir, qui, cependant, consacre un long chapitre aux droits des créanciers. Toutefois ce droit de saisie se conserva dans quelques circonstances spéciales que nous allons examiner.

Si le droit de saisir des gages de sa propre autorité peut se justifier, c'est bien quand il s'exerce contre des débiteurs étrangers, qui peuvent plus aisément échapper aux poursuites. La Coutume de Figeac de 1318 (art. 36) s'exprime de la façon la plus claire à ce sujet : « Si Forensis  
« aut alius extraneus alicui habitatori dicte ville et distric-  
« tus ejusdem fuerit obligatus, habitator quicumque sit,  
« propria auctoritate, sine pœna, suum debitorem foren-  
« sem et extraneum pro debito, sibi tamen recognito,  
« poterit pignurare ; dum tamen infra villam et ejus dis-  
« trictum pignoretur. »

A cette époque, la saisie privée subit une transformation assez considérable ; elle ne doit plus être faite par le créancier lui-même, mais par les officiers de justice, elle peut avoir lieu sans qu'il soit justifié d'un titre exé-

cutoire : c'est ce qui constitua plus tard le privilège des villes, dites villes d'arrêt, dans lesquelles les meubles du débiteur forain pouvaient être saisis sans titre. Nous trouvons une ordonnance de Charles VII pour la ville de Troyes, de 1429, qui consacre cette transformation.

Ce droit d'arrêt, qui peut se justifier à l'égard des débiteurs forains, se comprend, à plus forte raison, contre le débiteur qui veut se soustraire par la fuite aux poursuites de ses créanciers. Aussi une ordonnance de Charles V, rendue pour le Dauphiné en 1368 et confirmée en 1391, accordait-elle déjà au créancier le droit d'arrêter les biens de son débiteur qui s'enfuit, jusqu'à ce qu'un officier de justice vienne pratiquer une saisie régulière : « Nemo  
« debet debitorem suum pignorare sine licentia domini  
« vel familiæ suæ ; bona tamen debitoris sui fugitivi pos-  
« sit arrestare, quousque venerit nuncius qui ea saisiat vel  
« capiat » (1).

Des privilèges semblables sont admis par d'autres textes à raison, non plus de la qualité du débiteur, mais de la nature du contrat qui produit la créance. Ainsi une ordonnance rendue en faveur de la ville de Bayeux, accorde au vendeur non payé le droit d'arrêter et de faire saisir les effets vendus, et même les biens du débiteur, afin d'éviter les frais et les lenteurs de la procédure ordinaire.

Dans un ordre d'idées analogue, la Coutume de Bergerac (1337) donne aux ouvriers employés pour la vendange

(1) *Ordonnances*, t. VII, p. 427.

le droit de se faire payer de leurs salaires sur les premiers vins récoltés par leur travail.

Plusieurs textes donnent au locateur le droit de saisir comme gages, sans autorisation du bailli, les meubles de son débiteur, qui garnissent la maison louée, afin de se payer du loyer qui lui est dû. Ce droit, origine de notre saisie-gagerie, est indiqué comme appartenant au bourg de Paris par le Coutumier de Charles VI, et Bouteiller, dans sa « Somme rurale » (1), indique ce droit comme général et en signale en même temps le fondement.

Le Coutumier de Charles VI (2) constate aussi le droit appartenant, dans le ressort de la prévôté et vicomté de Paris, à celui qui a baillé ses terres à ferme « d'exécuter, quand le terme est échu, son fermier en ceste manière, c'est assavoir que lui-même peut arrester les gaignages estant en la grange et oster la clef au fermier. »

Jusqu'ici la saisie privée, par laquelle le créancier attaque les biens de son débiteur, ne porte que sur les meubles ; elle ne s'étend point encore aux immeubles. La Coutume d'Anjou nous apprend, en effet, que le fils aîné, à qui reviennent les meubles de la succession, paie les dettes, et que la veuve noble, qui prend la moitié des meubles, paie la moitié des dettes : c'est nous dire que les meubles seuls répondent des dettes.

Plus tard, lorsque les principes généraux du droit féodal

(1) T. 102, p. 588.

(2) Liv. II, ch. xvii, p. 126.

sont nettement dégagés, il est encore impossible de saisir les immeubles de son débiteur, bien que celui-ci puisse les aliéner avec le consentement du seigneur. La détention des immeubles entraînait pour le vassal l'obligation d'accomplir envers son seigneur divers services ; dans ces conditions, on ne pouvait admettre que les terres fussent saisies par des créanciers impayés, car le nouveau détenteur aurait peut-être été incapable de servir le seigneur : la société féodale eût été bientôt ébranlée jusque dans ses fondements.

Toutefois le débiteur, avec l'assentiment du seigneur du fief, pouvait affecter conventionnellement des revenus fonciers à l'extinction de la dette, et, dans ce but, mettre son créancier en possession de la terre qui les produisait : cela s'appelait l'engagement. D'ordinaire le nombre d'années, pour lesquelles l'engagement était consenti, se calculait de manière que les revenus perçus éteignissent la dette : on avait alors un vif gage. Parfois aussi, par une combinaison remontant aux formules franques, mais qui fut prohibée dans la suite comme éminemment usuraire, le créancier mis en possession recueillait les fruits de la terre sans que la dette fût en rien diminuée et jusqu'à ce qu'il fût payé : c'était alors un mort-gage.

Ce qui entravait surtout l'exécution sur les immeubles, c'est qu'on se faisait scrupule d'en disposer sans le consentement du propriétaire. A cette époque, on déteste les prêteurs : exproprier est une chose odieuse, exiger paiement semble rigoureux. On persécute les juifs, ou plutôt, tout

créancier est appelé juif, usurier. On proscriit Jacques Cœur, on confisque sa fortune et l'on distribue ses biens à ses nobles débiteurs. C'est l'inverse de l'expropriation.

Les jurisconsultes finirent cependant par faire admettre la saisie des immeubles ; mais le débiteur dut tout d'abord consentir à l'adjudication.

Enfin, à l'époque de la renaissance des idées romaines en France, on permit aux parties de régler, dès la naissance de la dette, la façon dont le créancier serait désintéressé à défaut de paiement à l'échéance. Le contrat où une semblable clause pouvait être insérée portait le nom d'obligation.

La facilité qu'il donnait au créancier pour réaliser son gage est attestée par Beaumanoir : » Et s'on ne trueve ne « muebles ne catix, que fera on se li heritages est obligiés « es letres ? On les demenra selonc l'obligation. Et s'il « n'est pas obligiés, li sires le justicera par gardes et par « tenir l'eritage saisi » (1).

Le même auteur donne un peu plus loin une formule d'obligation ; on remarquera combien les pouvoirs accordés au créancier sont étendus : « A ce tenir fermement ai-je « obligié moi et mes hoirs et tout le mien présent et à venir, « muebles et heritages, a estre justicié par quelconque « justice il pleroit audit Jehan ou à ses hoirs ou à celi qui « ces letres porteroit, aussi por les coz et por les damaces « comme por le principal, et à prendre, vendre et despren-

(1) Beaumanoir, XXXV, 2.

« dre sans nul délai dusqu'à tant que li coust et li damace  
« seroient païé » (1).

Parfois, on emploie d'autres expressions pour formuler la même clause et donner les mêmes pouvoirs, on dit : mettre les immeubles en abandon : « Tu me dis que om  
« fet en ermandoï une forme de letres teles : que li em-  
« prunteur dient en lor letres et enconvenacent qu'ils  
« rendront toz les couz et toz li damages que li presteur  
« auront sans plus faire encontre et par l'abandon de totes  
« lors choses » (3).

Souvent aussi, la clause indique simplement que les immeubles pourront être vendus, comme les meubles, au profit du créancier. Ainsi, on lit dans la Coutume de la Ville et Septène de Bourges : « On doibt faire obliger le  
« corps qui peut, et qui ne peut l'on doibt faire obliger  
« biens meubles et immeubles et faire consentir que les  
« héritages soient vendus comme biens meubles aux nuys  
« et jours que biens meubles se sont accoutumés à ven-  
« dre » (3).

Mais l'obligation, et les clauses du même genre, ne furent pas en usage dans toutes les provinces. Sans doute, elle fut admise dans la plupart des coutumes du Centre et du Midi de la France ; mais dans le Nord, elle rencontra une opposition qu'elle ne put vaincre, jamais le gage n'y

(1) Beaumanoir, XXXV, 20.

(2) Pierre de Fontaines, *Conseil*, XV, 27.

(3) Bourdot de Richebourg, III, p. 896.

put être réalisé sans que les parties vinssent devant le seigneur ou devant le juge (1).

Aussi, lorsque les prescriptions de la justice étaient trop gênantes, on s'efforçait de les éviter au moyen de clauses spéciales dont la rédaction était laissée à l'ingéniosité du praticien. Et c'est ainsi que l'institution du notariat contribua à donner plus de force encore à cette pratique, les notaires paraissant s'être appliqués, à cette époque, à trouver et à mettre en usage les clauses de ce genre.

En matière d'exécution forcée surtout, les nécessités du commerce avaient fait vivement désirer l'avènement d'une procédure plus rapide, et c'est de ce besoin que devait naître la théorie des actes notariés ayant force exécutoire.

La pratique réclamait la possibilité d'une exécution sans jugement préalable. On avait bien imaginé tout d'abord d'insérer dans les contrats, au moyen de clauses obligatoires, la constitution par le débiteur d'un mandataire irrévocable, ayant pouvoir de passer condamnation en jugement et de recevoir commandement de payer. Ainsi le créancier était certain d'obtenir cette condamnation, sans que le débiteur pût faire naître de difficultés, mais il fallait quand même qu'il y eût jugement.

C'est alors qu'on pensa à la théorie romaine de la *confessio in jure*. On sait qu'en droit romain le défendeur qui reconnaissait *in jure* le droit de son adversaire, était assimilé au *judicatus*, de telle sorte que son aveu suffisait à

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, I, 25 ; édit. Charondas, p. 136.

l'obliger envers le demandeur, comme si celui-ci avait obtenu un jugement de condamnation à son profit.

Les jurisconsultes du moyen âge s'inspirèrent de cette solution ; mais ils commirent une confusion, peut-être intentionnelle, en transportant l'application de cette théorie, du cas de reconnaissance du droit de l'adversaire faite en justice et au cours d'un procès, au cas d'une reconnaissance anticipée, survenant avant même qu'il fût question d'exercer le droit et d'exiger le paiement. L'usage suivant s'établit donc : les parties se rendaient devant le juge, assistées d'un tabellion. Là, le débiteur reconnaissait par avance, et en dehors de tout procès, le bien fondé du droit du créancier ; puis sur cet aveu, il était condamné, aussi par avance, à l'exécution de ses obligations. Le créancier pouvait ainsi se constituer un titre exécutoire.

Tout d'abord, on comparut donc devant le juge lui-même, prévôt ou bailli. Ce magistrat recevait l'aveu que le débiteur faisait du droit du créancier, et cet aveu était constaté dans un acte spécial, où l'on relatait également que le débiteur renonçait à être jugé et se soumettait à l'exécution directe.

Mais le rôle des notaires ne devait pas tarder à prendre plus d'importance. Ce sont eux qui, bientôt, reçoivent les déclarations des parties, à la place du magistrat. Dans les actes de l'époque, c'est devant eux-mêmes que la comparution est relatée avoir eu lieu. Ils remplacent complètement les juges. Grâce à leur qualité, ils peuvent désormais donner aux actes qu'ils délivrent la force exécutoire,

qui permet de les exécuter tels qu'ils sont, sans avoir besoin de recourir aux tribunaux ni à aucune formalité. Et c'est de là que vient le mot *exécution* ou *voie parée* parce que la clause qui la stipule fournit au créancier un moyen tout prêt, et le plus direct de tous, d'exécuter son débiteur et d'obtenir son paiement.

Pour avoir une formule de cette clause, on peut citer un acte de vente de l'année 1316, passé par devant Jehan de Montfreare et Estienne de Montigny, dans lequel le vendeur consent expressément à ce que, le cas de garantie échéant, l'acheteur agisse directement contre lui par voie d'exécution. C'est la véritable clause de voie parée : « En  
« sur que tous les dis vendeurs establirent par devant les  
« dis clercs jurés le porteur de ces lettres leur procureur  
« et message espécial comme en sa chose propre, quant à  
« la vendue et distraccion faire d'iceux biens. »

## CHAPITRE V

### ORDONNANCES ROYALES.

Les anciennes coutumes, ainsi que nous venons de le voir, n'étaient pas toutes d'accord en ce qui concerne la procédure de saisie réelle. Beaucoup avaient leur mode d'expropriation particulier ; quelques-unes même gardaient le silence.

C'est pour remédier aux abus et aux incohérences qui naissaient de cet état de choses, que les ordonnances royales de François I<sup>er</sup>, en 1539, et de Henri II, en 1551, essayèrent d'introduire quelque unité dans notre droit et ne permirent plus l'expropriation que par autorité de justice.

Ces ordonnances, surtout celle de 1551, œuvre du chancelier L'hospital, organisèrent, en matière de saisie, la procédure dite du « décret forcé ». La saisie devait être précédée d'un commandement et s'opérait par un procès-verbal, soumis à des formalités multiples, et qui était affiché à la porte du domicile du saisi et à celle de l'église et des principaux lieux publics. L'huissier devait ensuite en faire quatre fois la lecture à haute voix à la porte de l'église, avec un délai de quatorze jours entre chaque crie. Ces criées étaient suivies d'un jugement ordonnant

la vente forcée de l'immeuble saisi, et de nouvelles affiches indiquaient le jour de l'adjudication qui était faite par autorité de justice.

Tel fut le droit commun de la France jusqu'à la Révolution. Et cependant cette procédure était tellement compliquée que, suivant un ancien adage, « il ne fallait qu'une saisie réelle pour enrichir un procureur, quand l'immeuble s'y prêtait ». M. Pascalis a pu dire avec raison, dans son rapport à la Chambre des députés en 1840, que la procédure résultant de l'ordonnance de 1551, appelée souvent aussi « *édit des Criées* », « semblait combinée pour ajouter à la ruine des débiteurs honnêtes, et fournir à ceux qui ne l'étaient pas le moyen de se jouer longtemps des efforts de leurs créanciers » (1).

Aussi le Parlement de Paris, touché de la ruine des débiteurs et de l'embarras des créanciers dont le gage était absorbé par les frais, quand il n'était pas d'une très grande valeur, finit par modifier cette procédure de saisie, ne considérant pas les formes ruineuses du décret forcé comme étant d'ordre public. Il permit donc, par un arrêt de règlement du 29 janvier 1658, d'adjuger à la barre de la Cour le bien saisi, sur trois publications seulement pour toute solennité, lorsque ce bien n'excédait pas la valeur de 2.000 francs. Il toléra même l'usage, qui s'introduisit dans les juridictions inférieures, d'user de la même simplification pour tous les biens qui n'excédaient pas la valeur de 4.000 francs.

(1) *Moniteur universel* du 23 juin 1840, p. 1523.

D'autre part, les praticiens, à côté de la procédure du décret forcé, imaginèrent une autre procédure, dite du « décret volontaire ». La vente effectuée, un créancier fictif saisissait l'immeuble en vertu d'une obligation qui semblait valable, mais qui, en réalité, était nulle, par suite d'une contre-lettre, par exemple. Ce créancier imaginaire procédait contre l'acquéreur à une expropriation et au moment de la vente forcée, de la « subhastation » comme on disait dans quelques provinces, l'acquéreur se rendait adjudicataire de son propre immeuble. Alors le juge, lorsqu'il interposait son décret, confirmait ce qui avait été fait par le consentement mutuel des parties contractantes. L'acquéreur était ainsi à l'abri des créanciers hypothécaires qui n'avaient point fait opposition.

Le décret volontaire n'était cependant pas un moyen absolument sûr, puisque les créanciers du vendeur pouvaient surenchérir, ce qu'on appelait « fausser le décret ».

Dans un grand nombre de provinces, on avait recours, pour déterminer la procédure à suivre, à des usages locaux ou à des arrêts de règlement, qui organisaient une procédure beaucoup plus rapide, et l'on essayait de remédier au danger résultant de cette rapidité, en donnant au débiteur le droit de reprendre l'immeuble pendant un certain délai.

Dans le ressort du Parlement de Toulouse, on accordait un délai de dix ans au débiteur, pendant lequel celui-ci pouvait reprendre le bien qui avait été adjugé par décret à son créancier. Cette faculté s'appelait « rabatement de décret ».

En Franche-Comté et en Dauphiné, on avait le choix entre l'édit de 1551 et un règlement de 1547, qui organisait la procédure de subhastation. Celle-ci, plus rapide et moins coûteuse, ne purgeait pas les droits réels et laissait au débiteur le droit de reprendre son immeuble pendant quatre mois, à la condition de payer les créanciers.

En Provence, l'édit des criées n'avait pas été enregistré, et cette province avait conservé son ancien usage, d'après des lettres patentes de 1611, confirmées par une déclaration de 1706. L'adjudication ne se faisait pas par voie d'adjudication au plus offrant, mais par une sorte de dation en paiement forcée, en attribuant au créancier des biens du débiteur en quantité suffisante, d'après le prix auquel ils étaient évalués par des officiers spéciaux appelés « estimateurs ». Ce mode d'exécution portait le nom de « collocation ». Le débiteur, s'il trouvait que ces biens n'avaient pas été estimés à leur juste valeur, était admis, pendant l'année, à les reprendre, en payant ce qu'il devait.

Quelques provinces réunies à la France après 1551, ou qui avaient stipulé auparavant la conservation de leurs privilèges, suivaient pour l'expropriation des formes très abrégées.

D'après les déclarations de 1601 et de 1702, l'édit de Henri II n'était pas applicable dans la Bresse, qui pratiquait le système des subhastations. Les enchères étaient reçues sans ministère de procureur, et le bien était adjugé au dernier enchérisseur, à la troisième criée. Le saisi n'y jouissait du droit de retrait que pendant six mois.

En Béarn et en Navarre, un mode non moins facile était adopté. Après quatre criées, qui avaient lieu à de très courts intervalles, le juge rendait une sentence qui les déclarait régulièrement faites. Venaient ensuite, dans un délai de 9 jours, l'enchère et l'adjudication sur le dépôt d'une mise à prix par le poursuivant. Un mois environ suffisait à l'accomplissement de cette procédure expéditive. Le saisi avait un an pour reprendre son bien,

En Lorraine, une ordonnance du duc Léopold, de 1707, organisa une procédure de saisie particulière : l'immeuble était simplement attribué aux créanciers sur estimation.

En présence d'un édit de Louis XV, de 1771, substituant à la formalité des décrets celle des lettres de ratification, une nouvelle pratique s'introduisit encore. On autorisa la conversion des ventes forcées en ventes volontaires, sur la demande d'un créancier. « Cette jurisprudence, dit Pothier, est bien équitable ; il ne doit pas dépendre de la mauvaise humeur d'un dernier créancier de faire consommer en frais l'héritage saisi » (1).

La clause de voie parée, dans ces pays où l'exécution s'accomplissait avec une si grande rapidité, ne présentait pas la même utilité que dans les contrées soumises à la longue et ruineuse procédure des ordonnances royales. Toutefois, dans la plupart de ces contrées, les Parlements corrigèrent les vices de la législation, en tolérant diverses clauses qui permirent d'éviter les frais de la procédure de saisie immobilière.

(1) Pothier, *Procédure civile*, part. IV, ch. II, § 3.

Le président Favre, dans son *Code* (1), admet que le créancier a pu être valablement dispensé de faire sommation à son débiteur de vendre : « Nam et valet pactio ut « liceat creditori pignus vendere citra denunciationem. » Il ajoute que la vente doit être publique et aux enchères, et non de gré à gré.

Une clause produisant des effets analogues avait été admise, dès le xvii<sup>e</sup> siècle, dans le ressort du Parlement de Paris, où les louables efforts des avocats parvinrent à vaincre les préjugés de magistrats, trop attachés à l'idée qu'un propriétaire ne pouvait être dessaisi que par toutes les formalités de la procédure du décret.

Le premier créancier y fut admis à prendre le fonds qui lui était hypothéqué, si mieux n'aimaient les autres créanciers le remplir de sa créance ou s'obliger avec caution à la lui payer sur le prix de cet immeuble, en le faisant vendre à leurs risques. Le premier arrêt dans ce sens a été rendu en faveur d'une demoiselle Lerasle, le 19 janvier 1647 ; il fut suivi de trois autres des 28 octobre de la même année, 2 mars et 30 avril 1649 (2). Ces quatre arrêts avaient été précédés, le 8 janvier 1646, d'un autre arrêt portant que « quand un débiteur est insolvable, et que ses biens se consommeraient en frais de criées et de consigna-

(1) Liv. VIII, tit. XVII, déf. 13.

(2) V. Chardon, *Réformes désirables et faciles dans les lois sur la procédure civile*.

tion, ils doivent être délivrés aux créanciers qui les veulent prendre pour paiement de ce qui leur est dû ; et que, quand même il y aurait saisie réelle et criées, on peut arrêter le cours » (1).

(1) V. Henrys, t. I, p. 420, 424 ; édit. Bretonnier, annotateur.

## CHAPITRE V

### DROIT INTERMÉDIAIRE.

Les choses en étaient là ; on commençait à discuter déjà la valeur d'une clause dérogatoire aux règles de l'expropriation forcée, quand la Révolution éclata.

La loi du 9 messidor an III, la première, vint faire disparaître les anciennes coutumes et créer un nouveau système ; mais elle n'avait pas encore été mise à exécution, lorsqu'elle fut abrogée formellement par la loi du 11 brumaire an VII, qui régla la matière à nouveau.

Le saisissant, d'après cette loi, fait au débiteur un commandement à 30 jours. Après ce délai, apposition d'affiches qui valent saisie ; procès-verbaux dans les 5 jours au saisi et aux créanciers inscrits ; 15 jours après pour le moins, et un mois au plus, adjudication au tribunal.

Cette procédure était à la fois simple et rapide : un débiteur, pendant une absence de 3 mois, pouvait être dépouillé de ses immeubles sans le savoir.

On doit cependant savoir gré à la loi du 11 brumaire an VII d'avoir essayé de dégager la procédure d'expropriation des complications et des lenteurs qui avaient autrefois pour résultat de priver les débiteurs de leurs biens, sans que les créanciers fussent satisfaits. Sans doute, la

célérité avec laquelle se déroulait cette nouvelle procédure, servait d'une manière efficace les intérêts du saisissant, mais elle ne sauvegardait peut-être pas suffisamment ceux du saisi et des tiers intéressés au résultat de l'adjudication.

D'autre part, ces lois étaient muettes sur la question qui nous intéresse. Le silence du législateur avait-il confirmé l'ancienne pratique de ces expropriations conventionnelles et fallait-il dire qu'elles étaient permises parce qu'elles n'étaient pas défendues ? Ou bien ces règles nouvelles diminuaient-elles en France l'autorité des anciennes solutions romaines ?

La difficulté fut soulevée deux fois devant la Cour d'appel de Bruxelles : elle y fut résolue de manière différente.

Il s'agissait, dans la première affaire, d'une clause insérée dans un acte du 6 pluviôse an VIII et portant que le créancier serait libre « de vendre à la paumée ou par devant notaire, après un simple commandement, les immeubles affectés à sa créance ». Le 28 pluviôse an IX, le tribunal civil de Bruxelles déclara la convention valable ; mais sur appel, cette décision fut réformée le 7 floréal de la même année.

Quelque temps après, la même Cour eut à statuer sur une affaire analogue. Les parties en cause avaient fait la convention suivante : « Faute de paiement à l'expiration du terme, le créancier sera autorisé à faire vendre, par devant notaire, néanmoins après affiches, les immeubles

hypothéqués, aux conditions qu'il jugera convenir ;..... à l'effet de quoi, les débiteurs renoncent au chapitre I de la loi du 11 brumaire an VII. » La question de validité de cette clause fut portée devant le tribunal civil de Bruxelles, qui la résolut encore une fois dans le sens de l'affirmative. La Cour d'appel, revenant sur sa jurisprudence, confirma, le 30 germinal an XI, la décision de première instance, bien que le ministère public eût conclu à la réformation. Les attendus portaient qu'aucune loi n'interdisait de déroger aux règles de l'expropriation forcée, et, qu'en l'espèce, les intérêts des débiteurs paraissaient suffisamment sauvegardés.

On voit, par ce qui précède, que la clause de voie parée, en usage dans le droit intermédiaire, y était cependant critiquée. Les doutes sur sa validité subsistaient ; ils ne devaient faire que grandir sous la législation du Code de procédure.

## CHAPITRE VI

### CODE DE PROCÉDURE.

Le Code de procédure civile de 1806 voulut réagir contre la trop grande facilité accordée par la loi du 11 brumaire an VII pour procéder à la saisie immobilière. Il réglementa à nouveau cette procédure et édicta des formes compliquées, en grande partie empruntées à celles de l'édit de 1551. En voulant augmenter les formes et les délais protecteurs de la propriété, il dépassa le but et tomba dans un excès contraire à celui de la loi de brumaire. On vit alors renaître un luxe de formalités et de délais qui ramenait en partie les abus des anciennes procédures.

La terre, disait-on à cette époque, est une propriété sacrée et inaliénable, à laquelle on ne peut toucher pour obliger le débiteur à remplir ses engagements. Aussi allons-nous voir cet esprit de protection exagérée de la propriété peser sur toutes les discussions législatives qui préparèrent notre Code de procédure.

Voilà pourquoi M. Treilhard, dans l'exposé des motifs sur le titre de l'expropriation forcée, loin de supposer que ce titre ait eu seulement pour but de suppléer à l'absence de conventions particulières entre les parties, déclare formellement qu'il a pour objet « de prévenir les excès de

rigueur de la part de créanciers, aigris peut-être par la mauvaise conduite de leurs débiteurs, ou égarés par des conseils intéressés » (1).

Le tribun Lahary, chargé de présenter le vœu du Tribunal sur le même titre, rappelle qu'après la liberté civile et la sûreté individuelle, il n'est rien de plus sacré ni de plus inviolable que la propriété, qu'elle forme l'une des bases de l'édifice social, et il termine en disant : « Ainsi donc, lorsqu'un débiteur est en demeure, ou par l'impuissance de se libérer, ou par le seul effet de sa mauvaise foi, la justice, dont la fonction est de rendre à chacun ce qui lui appartient, doit intervenir pour le contraindre à acquitter sa dette par l'aliénation de ses biens.... Enfin, toute poursuite en expropriation doit être précédée d'un commandement de payer, fait à la personne du débiteur ou à son domicile. Ce qui est au préalable d'autant plus essentiel, d'autant plus indispensable, que le débiteur doit légalement être averti de la poursuite que le créancier se propose d'exercer contre lui, pour pouvoir la prévenir ou la repousser » (2).

Et la section du Tribunal s'exprimait ainsi : « On ne doit pas perdre de vue la nécessité de donner aux procédures assez de lenteur pour ne pas exproprier le débiteur avec trop de précipitation, et assez de publicité pour appeler les enchérisseurs. »

Enfin, les rédacteurs du Code de procédure développent

(1) Locré, t. XVI, p. 495, n° 1.

(2) Locré, t. XVI, p. 500, 510, 511, n° 14.

la même pensée. Dans son exposé des motifs au Corps législatif, après avoir signalé les vices de l'ancienne procédure, M. Réal disait : « Trop frappés des abus et des inconvénients enfantés par ces formalités bizarres, multipliées et compliquées, les législateurs de l'an VII donnèrent dans l'extrême opposé, et par eux la procédure fut simplifiée à cet excès, que le propriétaire pouvait être aussi facilement dépouillé d'un domaine que d'un meuble. Avec les meilleures intentions, ils n'ont pas assez senti que s'il faut briser les entraves qui paralysent l'action de la justice, il ne faut pas se priver des formes tutélaires qui défendent la propriété contre la surprise.... Il faut que le propriétaire trouve, dans des délais sagement ménagés, un temps raisonnable pendant lequel, s'il doit, il pourra user de ses ressources pour empêcher par un paiement une expropriation qui le ruinerait » (1).

Et le Code de 1806, obéissant à son tour à cet esprit de réaction qui se manifestait si vivement chez ses auteurs, revint à l'ancienne procédure du Châtelet et l'exagéra même en quelques points. La poursuite en expropriation était ainsi composée : un commandement et un procès-verbal de saisie ; la transcription de la saisie à la conservation des hypothèques et au greffe du tribunal ; la dénonciation au saisi ; l'insertion d'un extrait de la saisie au tableau placé dans l'auditoire du tribunal et la publication de cet extrait dans les journaux ; l'affichage dans

(1) Loqué, t. XXII, p. 588.

divers lieux, la notification aux créanciers inscrits du placard d'affiches et la transcription de ce placard ; le dépôt du cahier des charges au greffe et la publication à l'audience de ce cahier des charges de quinzaine en quinzaine, trois fois au moins avant l'adjudication préparatoire ; de nouvelles annonces dans les journaux et de nouveaux placards, huit jours au moins avant l'adjudication préparatoire ; l'adjudication préparatoire ; de nouvelles annonces et de nouveaux placards dans les quinze jours de cette adjudication ; enfin l'adjudication définitive.

Cette nouvelle procédure de vente, imposée par le Code, ne conciliait, ni l'intérêt public, ni l'intérêt privé, ni celui des créanciers, ni celui du propriétaire. L'expérience démontra bientôt la dispendieuse inutilité de ces nombreuses publications et de cette adjudication provisoire ; des plaintes, des réclamations s'élevèrent de tous côtés.

Ces justes doléances devaient retentir pendant de longues années, car les événements politiques qui suivirent empêchèrent toute réforme jusqu'à la loi du 2 juin 1844.

Heureusement que pour obvier, tout au moins en partie, à ces inconvénients du nouveau régime de procédure, les notaires firent revivre, d'abord dans les Basses-Pyrénées et la Gironde, ensuite un peu partout en France, pendant les quarante premières années du xix<sup>e</sup> siècle, l'antique clause de voie parée. Son but, je l'ai déjà dit, était de régler à l'amiable, d'une manière économique et simple, entre le créancier et le débiteur, pour le cas d'inexécution des engagements de ce dernier, le mode de vente

de l'immeuble hypothéqué et l'encaissement du prix.

Ce procédé est si naturel que le texte primitif du Code de procédure de 1806 ne l'interdisait pas ; aussi des milliers de contrats en reçurent-ils les bienfaits.

Et cependant ni la doctrine, ni la jurisprudence ne parvinrent à se mettre d'accord sur la validité de cette clause.

Dans la doctrine, un grand nombre de jurisconsultes éminents se firent les défenseurs chaleureux de la clause incriminée (1). Le grand principe qui domine la matière, disaient-ils, est écrit dans l'article 1134, alinéa 1, du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » La règle est formelle. Pour que la clause de voie parée n'obligeât pas les parties, il faudrait qu'elle ne fût pas du nombre de ces conventions que vise l'article 1134, il faudrait qu'elle ne fût pas légale. Quel est le texte qui l'interdit ?

On opposait les articles 2078 et 2088 du Code civil. Aux termes du premier : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui auto-

(1) Nous pouvons citer notamment : MM. Delvincourt, *Cours de droit civil*, III, p. 445 ; Malleville, sur l'article 2088 du Code civil ; Carré, sur l'article 673 du Code de procédure civile, n° 2199 ; Thomine-Desmasures, sur l'article 747 du même Code ; Duvergier, *Traité de la vente*, n° 120 ; Rolland de Villargues et Scholl, *Jurisprudence du notariat*, III, art. 783 et VI, art. 2147 et 2352. Troplong, *Traité des hypothèques*, n° 795.

riserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle. » L'article 2088 dit de son côté : « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle : en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. »

Mais il faut remarquer qu'ils sont écrits dans le Code au titre « Du nantissement » ; et comme ils sont une exception apportée à la règle générale de la liberté des conventions, on doit les interpréter restrictivement. Toutes les fois qu'il n'y aura pas eu nantissement, ces deux articles seront inapplicables. Ainsi donc, liberté pleine et entière pour le créancier chirographaire ou hypothécaire.

Dira-t-on, continuaient les défenseurs de la clause de voie parée, que cette clause n'a échappé à l'application des articles 2078 et 2088 que pour tomber sous celle de l'article 6 du Code civil, qui interdit de « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ? » Ce serait se tromper étrangement. Ce qui importe à la moralité et à la tranquillité publiques, c'est que nul ne puisse se faire justice à lui-même. Il ne faut pas laisser le créancier s'emparer de l'immeuble de son débiteur de vive force et brutalement. Il faut que des règles soient observées ; mais ne seront-elles pas meilleures, si elles émanent des parties mêmes qui doivent s'y soumettre ?

Vous trouvez moral, ajoutaient-ils, qu'un majeur, mai-

tre de ses droits, puisse aliéner ses immeubles comme bon lui semble, et l'édifice social vous paraît sapé à sa base quand ce même homme veut faire vendre par mandataire. En principe, le législateur a pensé que le mandant devait seul être juge des mérites de son mandataire : c'est tellement vrai qu'un incapable peut être choisi. De quel droit voudriez-vous déroger ici aux règles du mandat ? Si vous objectez que la clause de voie parée n'est pas un mandat parce qu'elle est irrévocable, et que le mandat est essentiellement révocable, nous répondrons qu'il faut distinguer. Quand les pouvoirs du mandant ne sont délégués que dans son propre intérêt, le droit de révocation sans doute est essentiel. Mais il n'en est plus de même quand le contrat doit profiter aux deux parties. Il se forme alors un mandat d'une nature particulière, un mandat *in rem suam*, et celui-là est irrévocable, parce qu'il constitue une convention synallagmatique, qui ne peut, comme telle, prendre fin que du consentement des deux parties.

Voilà quelle est la thèse générale qu'on peut induire des écrits favorables à la clause de voie parée. Mais leurs auteurs n'étaient pas d'accord sur l'étendue à donner au principe, ou même sur les moyens à employer pour sa défense.

M. Delvincourt (1) pensait que la clause autorisant le créancier antichrésiste à vendre à l'amiable l'immeuble de son débiteur, devait être considérée comme non avenue ; il

(1) *Cours de droit civil*, III, p. 444 et 445, note 5.

admettait simplement que l'on convînt d'une vente « aux enchères, devant notaire et en présence du débiteur.... mais bien entendu, ajoutait-il, dans le cas où il n'y aurait aucune réclamation de la part d'autres créanciers. »

M. Carré voulait aussi que la clause offrit des garanties : « Qu'il soit juste, écrivait-il, qu'on ne puisse pas stipuler que le créancier, à défaut de paiement, disposera de l'immeuble à son gré, on en convient, parce qu'il pourrait abuser de la position du débiteur au moment de la stipulation ; mais cet inconvénient ne peut exister dans le cas où la stipulation établit un mode légal qui fournit au débiteur toutes les garanties qu'il trouve dans les formalités de la saisie » (1).

Les partisans de la clause de voie parée n'étaient pas bien d'accord non plus sur la portée qu'il fallait donner à l'irrévocabilité du mandat *in rem suam*. Si l'on se reporte à une consultation que donnèrent des avocats célèbres, en y voit que, d'après eux, l'irrévocabilité est absolue.

A peu près à la même époque, en 1833, la *Jurisprudence du notariat* (2) publiait une étude de M. Scholl, où se trouvaient exposées des idées absolument contraires : « Le mandat est irrévocable, écrivait-il,... mais le débiteur peut toujours vendre l'immeuble qu'il a hypothéqué, bien qu'il ait donné le droit à son créancier de le faire vendre, à défaut de paiement à l'échéance de l'obligation : parce que, par cette stipulation, il ne s'est pas dessaisi de sa pro-

(1) Carré, *Lois de la procédure civile et administrative*, Quest. 2119.

(2) P. 513, article 2147.

priété, et, qu'étant encore propriétaire, il peut exercer tous les droits que comporte cette qualité. »

On voit que l'entente était loin de régner parmi les jurisconsultes partisans de la validité de la clause de voie parée. Cependant les dissentiments n'apparaissaient que dans les détails de la question ; pour le principe, tous étaient d'accord, et cette union donnait à leur thèse une force considérable.

L'opinion contraire était pourtant soutenue avec autant d'ardeur et de talent par un certain nombre de jurisconsultes (1).

Ces auteurs raisonnaient ainsi : Plus que personne peut-être nous sommes respectueux de la liberté des conventions, et nous savons qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, lorsqu'elles sont légalement formées. Mais nous croyons précisément que la clause de voie parée n'est pas une convention légale. Sans doute, aucun texte ne la proscriit spécialement ; mais il y a dans notre législation des principes qui la condamnent. Ces principes sont contenus dans les articles 2078 et 2088 du Code civil et dans l'article 6 du même Code. Ce qui fait errer nos adversaires, c'est qu'ils s'attachent uniquement à la lettre des deux premiers de ces textes, alors qu'il faut surtout en étudier

(1) On peut citer surtout : MM. Persil, *Questions hypothécaires*, II, p. 302 ; Duranton, *Cours de droit civil*, XVIII, n° 567 ; Adolphe Chauveau, *Journal des avoués*, XLVII, p. 518 ; *Journal de procédure*, I, p. 7 ; Lemerle, *Journal des avoués*, LII, p. 346.

l'esprit. C'est un esprit de protection et nous le violerions en admettant la validité de la clause de voie parée.

En s'inspirant de ces idées, M. Persil écrivait : « Comme l'hypothèque est une espèce de gage, nul doute qu'on ne doive lui appliquer la décision de l'article 2078. Ainsi, on ne pourrait pas convenir qu'à défaut de paiement à l'époque convenue, le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble hypothéqué. On ne pourrait pas plus convenir qu'il pourrait le faire vendre sans formalités de justice, parce que le même article 2078 prononce la nullité de toute clause qui aurait pour objet d'autoriser le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités prescrites par la loi. S'il en était autrement, la disposition qui interdirait au créancier de s'approprier le gage à défaut de paiement serait illusoire, parce qu'on arriverait toujours au même but en se faisant dispenser de l'accomplissement des formalités de justice » (1).

A supposer même, continuaient les adversaires de la clause de voie parée, que les articles 2078 et 2088 fussent inapplicables à la clause qui nous occupe, il faudrait encore la condamner parce qu'elle est contraire à l'ordre public. On trouve dans le *Journal de procédure* une longue étude à ce sujet : « Est d'ordre public, y dit-on, ou du moins non susceptible de dérogation, toute disposition qui, dans des vues d'humanité, protège le débiteur contre le créancier ; c'est ainsi que le débiteur renoncerait vaine-

(1) Persil, *Questions sur les privilèges et hypothèques, saisies immobilières et ordres*, II, p. 303.

ment, dans la convention, au bénéfice du délai de grâce que le juge peut lui accorder (art. 1244, C. civ.). De même l'ensemble des règles sur la saisie immobilière a été conçu en vue des égards dus au malheur et de la protection pour la propriété, et pour prévenir des excès de rigueur de la part des créanciers » (1). Et le *Journal de procédure* termine en disant que la clause de voie parée troublerait la tranquillité publique en donnant lieu à d'innombrables procès.

De même que le reste de la thèse favorable à l'expropriation conventionnelle, le système du mandat irrévocable conféré par le débiteur était vivement critiqué. M. Lemerle, avocat à la Cour de Rennes, publia à ce sujet, dans le *Journal des avoués*, un remarquable travail (2). D'après lui, on ne pouvait pas concevoir qu'un débiteur se dépouillât irrévocablement, en faveur de son créancier, du droit de disposer d'un immeuble, sans perdre en même temps la propriété de cet immeuble. « Une déclaration portant pouvoir de vendre, disait-il, si elle était irrévocable, en ce sens qu'après une telle déclaration le propriétaire ne peut varier, celui qui l'aurait obtenue serait véritablement le propriétaire, il n'aurait plus qu'à vendre en son nom ; en effet, le droit d'empêcher un autre de disposer est, d'après Pothier, le droit de propriété..... La révocation ne peut être interdite à celui qui n'a pas aliéné. »

La doctrine était donc loin d'être d'accord sur la validité de la clause de voie parée. Les divergences, de jour

(1) *Journal de procédure*, t. I, p. 7.

(2) *Journal des avoués*, t. LII, p. 346.

en jour plus profondes et plus nombreuses, que l'on y constatait, avaient jeté le désarroi dans l'opinion publique. Les créanciers qui avaient obtenu la stipulation de voie parée, et les débiteurs qui regrettaient de l'avoir accordée, n'hésitaient guère à plaider.

Il se forma alors une jurisprudence relativement considérable. Malheureusement, les tribunaux n'arrivèrent pas davantage à se mettre d'accord sur la question. Aussi, trouvons-nous, là encore, des arrêts consacrant tantôt la validité, tantôt la nullité de la clause de voie parée.

Pour la Cour de Bordeaux, les règles de la saisie immobilière n'étaient pas d'ordre public et il fallait interpréter restrictivement les articles 2078 et 2088 du Code civil (1). Elle regardait la clause de voie parée comme un véritable mandat, donné par le débiteur à son créancier, et un mandat irrévocable (2).

La Cour de Paris admettait également que la clause de voie parée constituait un mandat irrévocable, qu'elle n'avait rien de contraire à l'ordre public et que les articles 2078 et 2088 devaient être interprétés restrictivement (3).

A Aix, il fut jugé que la clause de voie parée était opposable, sauf le cas de fraude, aux créanciers inscrits qui n'en profitaient pas (4).

(1) Arrêts du 2 juin 1827, S. 27.2.169, et du 29 juin 1830, S. 30.2.399.

(2) Arrêt du 24 mai 1837, S. 37.2.375.

(3) Arrêt du 17 mars 1834, S. 34.2.194.

(4) Arrêt du 13 juillet 1837, S. 37.2.385.

Un assez grand nombre d'autres Cours se prononçaient dans le même sens, parmi lesquelles nous citerons celles de Trèves, de Pau et de Poitiers.

En face de cette jurisprudence considérable en faveur de la clause de voie parée, quelques décisions concluaient à la nullité de cette clause ; ces décisions émanaient notamment des Cours de Liège, de Turin et de Bourges.

La question de validité de la clause était donc fort discutée aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine ; mais jusque-là, la Cour de cassation n'avait pas eu à se prononcer, lorsqu'elle fut saisie en même temps de quatre pourvois, qui, tous présentaient exactement cette question de validité de la clause de voie parée.

Ces pourvois étaient dirigés :

Le premier, contre un arrêt de la Cour de Lyon du 2 décembre 1835 (1) Le mandat de vendre les biens du débiteur, donné par celui-ci à son créancier, n'avait pas été révoqué ; faute de paiement, la vente aux enchères avait eu lieu sur la poursuite du créancier et dans la forme prescrite par le contrat d'obligation. C'est alors seulement que la nullité de l'adjudication avait été prononcée par la Cour de cassation, comme ayant eu lieu sans l'observation des formalités prescrites par la loi, auxquelles, d'après elle, l'ordre public ne permettait pas de déroger.

Le deuxième pourvoi était dirigé contre un arrêt de la Cour de Rennes du 2 février 1837 (2) ; et le troisième,

(1) Sirey, 1836.2.244.

(2) Sirey, 1837.2.386.

contre un arrêt de la Cour de Douai du 30 janvier 1839 (1). Dans ces deux espèces, le mandat de vendre donné au créancier par le débiteur avait été révoqué par ce dernier avant l'adjudication, avec opposition à ce qu'il y fût procédé. Les arrêts attaqués, en déboutant le débiteur de son opposition, avaient ordonné qu'il serait passé outre à l'adjudication, suivant la forme convenue par les parties dans l'acte d'obligation.

Enfin, le quatrième pourvoi était dirigé contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 5 mai 1837 (2), qui déclarait valable une adjudication prononcée suivant les conventions arrêtées entre les parties.

En présence de ces décisions, dont l'une avait annulé la clause de voie parée, alors que les trois autres l'avaient au contraire maintenue, la Cour de cassation se prononça dans le sens de cette dernière opinion. Elle statua sur ces quatre espèces le même jour, le 20 mai 1840, après un réquisitoire fort remarquable de M. le procureur général Dupin.

Voici le texte des motifs par lesquels la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour de Lyon, qui s'était prononcée pour la nullité de la clause (3) :

« Vu :

« 1<sup>o</sup> L'article 544 du Code civil, ainsi conçu : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la

(1) S. 1840.1.385.

(2) S. 1837.2.387.

(3) S. 1840.1.385.

manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ;

« 2° L'article 1134 du même Code, ainsi conçu : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ; elles doivent être exécutées de bonne foi » ;

« Attendu que les parties majeures et capables de contracter peuvent faire toutes les conventions qui ne sont pas formellement prohibées par la loi ou ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ;

« Attendu qu'aucun texte de loi ne défend à un propriétaire d'autoriser, même irrévocablement, son créancier à vendre les immeubles hypothéqués à sa créance, suivant des formes particulières déterminées par la convention, si ces formes ne dérogent pas à des lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

« Attendu que les articles 2078 et 2088, au titre « Du nantissement », doivent être, dans leur application, restreints aux cas sur lesquels ils ont disposé ; — qu'en effet, les dispositions prohibitives ne peuvent être étendues d'un cas à un autre ; — que l'article 2078 ne s'applique qu'au gage mobilier ; — que l'article 2088 ne défend au créancier que de s'approprier l'immeuble par lui détenu à titre d'antichrèse ; — que, s'il est ajouté qu'il peut en poursuivre l'expropriation par les voies légales, c'est la consécration du droit qui lui appartient en l'absence de toute

convention ; mais il n'en résulte pas que le créancier hypothécaire ne puisse pas faire vendre l'immeuble hypothéqué à sa créance dans les formes réglées entre lui et son débiteur par une convention qui ne dérogerait pas à des lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

« Attendu que l'article 747 du Code de procédure, dont le but principal est d'admettre, après une saisie et en cas de vente sur publication, le choix entre la vente en justice et la vente devant notaire, et qui exige l'intervention de l'autorité judiciaire, parce que l'immeuble est déjà mis sous la main de justice, n'exclut pas, avant la saisie, entre parties majeures et capables de contracter, la liberté des conventions dans les limites ci-dessus indiquées ;

« Attendu qu'en l'absence d'un texte de loi prohibitif, il reste à examiner si, par la stipulation dont il s'agit, on a dérogé à une loi intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

« Attendu qu'on ne peut voir une pareille dérogation dans une stipulation qui conserve au débiteur propriétaire la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence. »

Les quatre arrêts rendus, comme nous l'avons déjà dit, le 20 mai 1840, ne laissent donc aucun doute sur l'opinion de la Cour de cassation, qui se prononçait nettement pour la validité de la clause de voie parée ; il faut toutefois remarquer qu'elle semblait n'admettre la clause comme régulière et obligatoire, qu'autant que celle-ci

conservait au débiteur la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence.

La question semblait donc être définitivement tranchée en faveur de la clause, lorsque le 11 janvier 1840, un projet de loi tendant à interdire la clause de voie parée fut présenté à la Chambre des Pairs. Ce projet fut accueilli favorablement et aboutit à la loi du 2 juin 1841. La clause de voie parée avait vécu.

## DEUXIÈME PARTIE

### EXAMEN CRITIQUE DE LA PROHIBITION

---

#### CHAPITRE PREMIER

DISCUSSIONS PARLEMENTAIRES ET VOTE DE LA LOI  
DU 2 JUIN 1841.

Les réclamations et les plaintes ne cessaient de s'élever contre les inconvénients de la procédure instituée par le Code de procédure, qui ruinait les débiteurs, sans satisfaire les créanciers. Justement ému des frais et des lenteurs qu'entraînaient les règles de la saisie immobilière alors en vigueur, soucieux d'autre part de ne pas laisser substituer aux formes légales des procédures conventionnelles plus ou moins dangereuses, le gouvernement voulut faire voter une loi qui rendait l'expropriation plus rapide et moins coûteuse, et qui condamnait d'une façon absolue toute stipulation dérogatoire. Mais que de travaux et d'études pour arriver à ce résultat, si incomplet qu'il puisse paraître !

Dès 1827, le gouvernement, qui avait déjà recueilli de nombreux matériaux, consulta officiellement la Cour de cassation, les Cours royales et les Facultés de droit sur les modifications dont la saisie immobilière était susceptible.

Toutes ces compagnies répondirent avec le soin et la maturité qu'un tel sujet pouvait commander. Plusieurs d'entre elles, avant de répondre, eurent la bonne pensée de consulter les tribunaux de première instance devant lesquels s'instruit plus spécialement cette procédure. Le tribunal de la Seine notamment publia un remarquable rapport. D'autres mémoires, d'autres projets et d'autres pétitions abondèrent à la Chancellerie.

A la vue de tous ces documents, le gouvernement formula, en 1829, un projet de loi sur la saisie immobilière ; et il le soumit de nouveau à l'appréciation des compagnies judiciaires et des Facultés de droit.

Celles-ci fournirent de nouvelles observations. D'habiles professeurs, de savants jurisconsultes et d'honorables magistrats répondirent aussi, par des travaux individuels, à cette espèce de concours général ouvert en France pour corriger une des lois les plus importantes et les plus défectueuses en matière de procédure.

Les événements politiques vinrent interrompre ces consciencieuses études, qui ne furent reprises officiellement qu'en 1838. A cette époque, une commission spéciale fut instituée à la Chancellerie pour rédiger un projet définitif. Il fut prêt l'année suivante et soumis aussitôt,

comme les précédents, à l'examen des Cours et tribunaux, consultés ainsi pour la troisième fois.

Enfin, le 11 janvier 1840, un projet de loi fut présenté à la Chambre des Pairs. Celle-ci nomma une commission, qui eut M. Persil pour rapporteur, et qui proposa au projet primitif plusieurs modifications dont quelques-unes furent acceptées.

Le projet ainsi modifié fut apporté, le 8 mai 1840, à la Chambre des députés, qui le modifia à son tour, sur l'avis de sa commission dont le rapporteur était M. le président Pascalis. Le projet dut revenir à la Chambre des Pairs, puis à celle des députés ; et c'est de ces nombreuses et solennelles épreuves que sortit la loi du 2 juin 1841.

Nous voyons que dans toutes les consultations qui eurent lieu, la Cour de cassation eut à se prononcer plusieurs fois sur le projet de loi. Les adversaires de la clause de voie parée affirmèrent qu'elle s'était décidée en leur faveur et qu'elle avait approuvé l'article 743 du projet tendant à proscrire l'emploi de cette clause.

Or il est démontré que, si la Cour de cassation fut en effet consultée, jamais elle ne donna son avis. La commission de six membres qu'elle nomma pour examiner le projet de loi, et dont M. Isambert fut le rapporteur, donna bien sans doute son assentiment à l'article 743 proposé par le gouvernement ; mais ce rapport préparatoire de la commission, imprimé et distribué, ne fut jamais discuté par la Cour. Il n'y avait donc plus dans ce rapport que l'opinion personnelle de six conseillers, qui n'avaient

donné qu'une consultation officieuse et non pas officielle.

Mais comment expliquer ce refus inaccoutumé de répondre à l'invitation du gouvernement, alors surtout qu'il s'agissait d'une loi des plus importantes ? Serait-ce que la Cour n'approuvait pas le travail de sa commission ?

On peut sans témérité l'affirmer. En effet, au moment même où la Cour fut consultée, elle était saisie de quatre pourvois, qui tous avaient pour objet la question de validité de la clause de voie parée. Une Cour l'avait annulée, trois Cours l'avaient maintenue. La Chambre civile de la Cour de cassation, après la Chambre des requêtes, statua sur ces quatre pourvois, ainsi que nous l'avons vu plus haut, et le même jour, par quatre arrêts différents, qui présentaient bien quelques légères nuances dans les détails, mais qui concordaient quant à la question principale, elle reconnut la validité de la clause de voie parée.

Ces arrêts furent rendus, ai-je déjà dit, le 20 mai 1840 ; la Cour de cassation avait été consultée à la fin de l'année 1839. On discutait encore le projet de loi quand elle rendit ses arrêts. Ce fut là qu'elle affirma quatre fois son opinion, officiellement, judiciairement, dans l'exercice de ses hautes fonctions et avec toute l'autorité qui lui appartient.

Ainsi s'explique le silence gardé pour la première fois par la Cour sur un projet soumis par le gouvernement. Il est bien certain en effet qu'elle n'eût pas donné un avis tendant à la prohibition de la clause de voie parée, alors qu'elle venait de se prononcer d'une façon aussi formelle pour la validité de cette même clause.

Et cependant, c'est en présence de ces faits et de ces arrêts qu'il a été soutenu et répété que la Cour s'était rétractée dans un avis qu'elle n'a jamais donné.

Or dans les Chambres, il y a des hommes complètement étrangers aux études judiciaires, qui peuvent bien compter pour quelque chose, en ces matières, l'autorité de la Cour de cassation. Si on leur présenta son opinion sous un faux jour, qui nous assure que leur vote n'en fut pas influencé ? Et dans l'adoption de l'article 743 du projet de loi, il eût suffi d'un bien petit nombre de suffrages pour déplacer la majorité ; car le *Moniteur* nous apprend que « la première épreuve fut douteuse et que l'article ne fut adopté qu'à une seconde épreuve » (1).

Quoi qu'il en soit, le principe de la nullité absolue de toute clause ayant pour objet d'affranchir le créancier de l'obligation de remplir les formalités de la saisie immobilière fut adopté par les deux Chambres.

La prohibition de la clause de voie parée fut votée sans discussion à la Chambre des Pairs, mais elle rencontra une vive opposition à la Chambre des députés.

Nous avons vu déjà M. le procureur général Dupin faire campagne à la Cour de cassation en faveur de la légalité, de la moralité et des avantages généraux et privés de cette clause. Il reprit la question à la tribune législative ; et MM. Garnon, Dufaure, Chegaray, Lherbette, ainsi que beaucoup d'autres membres de la magistrature, unirent leurs

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1841.

efforts à ceux de M. Dupin pour défendre la clause dont on préparait la prohibition.

Tous ces orateurs établissaient qu'elle assurait des économies de temps et d'argent, que les ventes se faisaient mieux devant notaire qu'au Palais et que, par suite, tous les ayants droit à l'immeuble y trouvaient leur avantage. Ils insistaient, d'ailleurs, sur cette idée que c'est un devoir pour le législateur de respecter la volonté des parties et d'assurer la liberté des conventions.

Il est de principe en matière de conventions, disait M. Dupin, que toutes sont permises, quand elles ne sont pas contraires à un texte de loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Une telle loi, le législateur n'a jamais eu la pensée de la faire ; l'ordre public, les bonnes mœurs ne sont pas blessées parce qu'on empêchera le scandale d'une expropriation du débiteur.

Un homme est le maître absolu de sa propriété, continuait l'orateur ; il peut en user et même en abuser ; il peut, s'il le veut, démolir sa maison ou l'incendier, pourvu qu'il ne cause par là aucun préjudice à ses voisins. Il pourrait vendre son bien à vil prix, et on prétendrait lui interdire de faire un usage légitime de sa chose en autorisant son créancier, s'il n'est pas remboursé à l'échéance, à vendre ce bien dans des formes moins longues, moins coûteuses, et plus faciles à accomplir qu'une expropriation ! Qui peut le plus, ne peut-il à plus forte raison le moins ? Interdire une pareille clause, c'est porter atteinte à la liberté des conventions.

« Si vous n'adoptez pas la clause, ajoutait M. Dupin, vous irez contre votre but, je vous le prédis ; avec vos interdictions et vos défenses, vous forcerez les hommes à recourir à d'autres moyens, à des lettres de change, à tous les mauvais contrats, par lesquels on ruinait jadis le fils de famille, à ces contrats qui n'ont été imaginés que par l'interdiction des contrats légitimes » (1).

M. Lherbette se plaçait au même point de vue et défendait la validité de la clause au nom du même principe : « Que la loi prohibe les conventions où apparaît l'idée de fraude, disait-il, c'est tout simple. Qu'elle ne permette pas, par exemple, au vendeur de renoncer à l'action en rescision pour cause de lésion, je le conçois, parce que l'acquéreur qui exigerait cette renonciation serait présumé, par cela même, vouloir profiter d'une lésion faite au vendeur. Que la loi prohibe aussi des clauses dont les auteurs ne sont pas présumés comprendre toute la portée, je le conçois encore..... Mais ici, dans la clause parée, ni l'une ni l'autre de ces causes de prohibition ; ni apparence de fraude, ni difficulté à juger de la portée de la convention » (2).

Si on veut prohiber la clause de voie parée, continuait M. Lherbette, il faut aussi prohiber le pacte commissaire, par lequel le créancier a la faculté de conserver les immeubles de son débiteur, pacte bien plus dangereux que la voie parée et qui n'est prohibé par nos lois qu'en cas

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1844.

(2) *Ibidem*.

d'antichrèse. Quoi ! La loi permettrait au débiteur de stipuler qu'en cas de non-paiement le créancier restera propriétaire de l'immeuble, et elle ne lui permettrait pas de stipuler que ce même créancier pourra vendre cet immeuble, sans s'astreindre aux frais et aux longueurs de la procédure d'expropriation forcée !

De son côté, M. Dufaure posa, lui aussi, avec fermeté les règles et les limites de la liberté des conventions, et faisant application de ces règles à l'article 743 du projet, qu'il appela une innovation hardie, il ne tarda pas à prouver que cette innovation était contraire au droit, au crédit public, et surtout aux intérêts de la propriété foncière et de l'agriculture. Puis, examinant la clause de voie parée au point de vue pratique, il ajoutait : « C'est une convention qui depuis longtemps est pratiquée, qui a été reconnue licite par la Cour de cassation, et nous vous demandons de ne pas la proscrire. C'est une chose grave que de porter atteinte à la liberté des conventions. Quoique la théorie puisse douter sur les effets et sur le sens de cette clause, la pratique nous enseigne qu'elle répond à un véritable besoin de nos propriétés rurales ; elle ne vous donne aucun motif d'en interdire l'usage ; bien loin de là, dans mon opinion, la pratique doit vous conduire à la maintenir et à rejeter l'article du gouvernement » (1).

M. Chegaray se prononça aussi dans le même sens que les orateurs précédents ; il ajouta que si l'on craignait des abus, il n'y avait qu'à restreindre cette liberté ; mais qu'à

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1841.

aucun prix il ne fallait la proscrire entièrement. Dans ce but, il soutint un amendement présenté par M. Garnon, qui reprenait les principes adoptés par la Cour de cassation et exigeait, comme conditions de validité de la clause de voie parée, la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence.

Cet amendement était ainsi conçu :

« Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris par le débiteur, le créancier aura le droit de faire commettre par le président du tribunal, sur simple requête, parties présentes ou dûment appelées, un notaire, à l'effet de faire vendre devant lui les immeubles hypothéqués, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, sera valable et recevra son exécution, à la charge par le créancier de satisfaire aux conditions suivantes :

« 1<sup>o</sup> Le titre constitutif de la créance contiendra la fixation d'une mise à prix et des conditions de la vente ;

« 2<sup>o</sup> Mention de la clause conférant le droit de vendre devra être faite dans l'inscription hypothécaire ;

« 3<sup>o</sup> Un commandement de payer, constatant le défaut de paiement, énoncera l'intention du créancier de faire usage de ladite clause ;

« 4<sup>o</sup> Trente jours au moins après ce commandement, la vente aux enchères sera annoncée par une apposition d'affiches, faite aux lieux indiqués par l'article 699, et constatée par acte d'huissier ; de plus, un extrait succinct du placard sera inséré dans l'un des journaux consacrés aux

publications légales dans le département où les biens sont situés ;

« 5° Si au jour fixé pour l'adjudication, il ne se présente aucun enchérisseur, il en sera dressé procès-verbal, et le créancier aura le droit de faire de nouvelles affiches et insertions suivant le mode ci-dessus arrêté, et de procéder dans le même délai à une nouvelle adjudication, en réduisant la mise à prix de deux cinquièmes au plus ;

« 6° L'adjudication ne pourra avoir lieu que 30 jours après l'accomplissement des formalités prescrites par le paragraphe précédent ;

« 7° Le droit de surenchère pourra être exercé conformément à l'article 708 ;

« 8° Il ne pourra être alloué au notaire qui procédera à l'adjudication que les droits déterminés pour les ventes judiciaires (1). »

M. Garnon ne proposait donc pas de vendre l'immeuble sans la moindre formalité de justice, mais bien au contraire de ne faire cette vente qu'après commandement, à un mois, après affiches et publications espacées de manière à prendre deux mois de plus, et après enchères publiques. Avec tous ces délais, toutes ces précautions et le droit de surenchère, il évitait toute surprise et assurait la vente de l'immeuble à sa juste valeur.

Cependant l'amendement proposé par M. Garnon fut repoussé.

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1841.

Tous les efforts des partisans de la clause de voie parée demeurèrent sans résultat, et l'opinion favorable à sa prohibition finit par triompher, sur le rapport de M. Pascalis, rapporteur de la loi à la Chambre des députés, soutenu par MM. de Golbéry, Renouard, Debelleyme et Teste, ministre des travaux publics.

Ces orateurs s'appuyèrent sur les prétendus dangers de la clause de voie parée. Cette liberté qu'on voulait assurer dans les conventions n'existait point, disaient-ils, si on allait au fond des choses. Sous l'empire du besoin d'argent, l'emprunteur consentait à tout, dût-il entraîner dans sa ruine, pour la satisfaction d'un seul créancier, le reste de ses ayants droit.

M. Pascalis, dans son rapport, a présenté cette considération qu'en autorisant la clause de voie parée on consacrerait un principe différent de celui formulé dans les articles 2078 et 2088 du Code civil et qu'on porterait ainsi le trouble dans la loi civile. Il invoqua encore l'intérêt des créanciers. « Il est, disait-il, d'autres intérêts que ceux du débiteur auxquels la loi doit veiller, les intérêts du créancier en général. Une telle stipulation constituerait, en faveur du créancier qui pourrait plus aisément faire exécuter son contrat, un privilège qui sortirait de la classe de ceux que la loi a voulu établir, privilège d'autant plus injuste à l'égard des autres créanciers, qu'ils l'auraient ignoré, car il n'existerait aucune obligation de le rendre public » (1).

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1844.

« Le principal devoir du législateur, disait de son côté M. de Golbéry, est de venir au secours de la faiblesse de l'homme, quand il contracte sous l'empire du besoin » (1). Envers les débiteurs, ajoutait-il, si la loi doit être sévère, elle doit du moins empêcher qu'on ne se livre à des stipulations trop onéreuses, et c'est ce qui arriverait si elle admettait la clause de voie parée. En général le débiteur, lorsqu'il contracte, n'a en vue que le moment présent, l'avenir est pour lui plein d'illusions ; il ne doute pas de la facilité avec laquelle il acquittera ses engagements, il consent à tout. Mais que vaut ce consentement ? Le débiteur l'a donné en vue du prêt, il y a plusieurs années ; et à l'époque où se fait la vente, il ne le donne plus et le révoquerait s'il le pouvait.

Enfin M. Teste, ministre des travaux publics, voulut aussi défendre le projet de prohibition de la clause ; il eut l'appui de MM. Debelleyme et Renouard.

« Quels seront les effets, les conséquences, disait M. Teste, de la clause de voie parée ? Si cette clause est utile, favorable, si même elle est sans dangers, conservez-la et proclamez-en bien haut la légitimité. Mais si elle est contraire aux intérêts de tous ; si, pour quelques chances avantageuses qu'elle offrirait au prêteur, elle crée sous ses pas de sérieux obstacles ; si elle livre en quelque sorte l'emprunteur à la merci du prêteur et le pousse à consentir facilement sa spoliation ; si elle prive les créanciers

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1841.

des garanties que la loi leur assure lorsqu'il s'agit de ventes forcées, hâtez-vous de la proscrire et de prémunir ainsi tout le monde contre ses funestes conséquences..... »

« Nous avons voulu, continuait-il, que les droits des tiers, qui se trouvent nécessairement impliqués ici, fussent protégés ; tous les défenseurs de la clause ne voient jamais que le débiteur et le créancier, et ils vous disent : que vous importe que les choses se passent entre ces deux intérêts d'une manière purement conventionnelle ? Mais il y a d'autres intérêts mêlés dans une expropriation forcée, et c'en est une, remarquez-bien, que ce mode de vente, qui n'est pas plus volontaire que l'autre ; il y a d'autres intérêts. Eh bien, nous avons voulu tendre à tous une main secourable..... » (1).

Il ajoutait encore que la loi en discussion réduisait les délais et les frais en matière d'expropriation forcée, et rendait par là inutile la clause de voie parée. Et le ministre vint clôturer la série des arguments en disant : « La clause de voie parée, on l'a crue nécessaire, soit. Mais quand le mal cesse ou est sur le point de cesser, elle devient inutile » (2).

C'est sur ces dernières paroles, qui emportèrent l'assentiment de la majorité de la Chambre, qu'après deux pénibles épreuves, l'article 743 du projet de loi fut adopté. Cet article, qui devint dans le texte définitif l'article 742, est

(1) *Moniteur universel* du 17 janvier 1844.

(2) *Ibidem*.

ainsi conçu : « Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue. »

## CHAPITRE II

### CRITIQUE DE LA PROHIBITION.

Les auteurs de la loi du 2 juin 1841 croyaient avoir atteint la limite du possible dans la simplification des formes de l'expropriation forcée, dans l'abréviation des délais et la diminution des frais.

Le garde des sceaux de 1841 disait en effet : « Les formalités prescrites par le Code de procédure civile étaient au nombre de vingt-trois : le projet les réduit à douze. La durée de la procédure variait de huit mois à un an : elle n'est plus que de quatre à huit mois. Les frais s'élevaient en moyenne à six ou sept cents francs : ils sont réduits à moitié de cette somme. »

Et le rapporteur de la commission de la Chambre des Députés, M. Pascalis, ajoutait : « La commission a reconnu qu'il ne serait point possible de porter plus loin ce retranchement des formalités et l'abréviation des délais, sans donner lieu aux reproches si justement adressés à la loi qui avait précédé le Code de procédure civile. »

L'expérience a démontré cependant, tout en reconnaissant sur bien des points la sagesse de ses dispositions, que la loi de 1841 était encore inefficace.

La procédure d'expropriation, si modifiée, si allégée

qu'elle ait été par cette loi, est encore beaucoup trop lourde pour la petite propriété. Elle l'écrase de son poids et l'anéantit, le prix de l'immeuble saisi ne suffisant pas toujours à payer les frais de saisie. S'agit-il d'un immeuble d'une valeur de 500 francs, les frais peuvent s'élever jusqu'à 126 0/0, de sorte que le créancier perdra tout et devra encore tenir compte aux divers agents de la loi d'une somme de 130 francs. Il est vrai que si l'immeuble se vend 2.000 francs, les frais ne seront plus que de 50 0/0, et qu'ils tomberont à 16 0/0 à 5.000 francs. Mais il n'en reste pas moins acquis que nous nous trouvons en face d'un impôt inversement proportionnel à la valeur de la matière imposée, impôt énorme, écrasant, auquel viennent encore s'ajouter les dépenses de l'ordre judiciaire, des quittances, etc...

Tous ces chiffres sont extraits de la statistique même du ministère de la justice pour l'année 1897, c'est-à-dire postérieurement à la loi relative aux petites ventes, qui prescrit le remboursement des frais perçus par le Trésor et réduit de 25 0/0 les honoraires des officiers ministériels. Cette loi n'a produit qu'un résultat insignifiant, à cause de la multiplicité des incidents qu'elle fait naître. Cependant, depuis plusieurs années, on constate une amélioration de près de 15 0/0 pour les prix inférieurs à 500 francs.

Ces statistiques démontrent en outre que le nombre des saisies immobilières a presque doublé depuis 1875, de sorte que le marché des immeubles se trouve encombré par le nombre et écrasé par les frais.

Quant à la rapidité de la procédure, on peut en juger par les formalités exigées par la loi du 2 juin 1841 : il est d'abord nécessaire d'inaugurer la poursuite par un commandement, qui ne peut pas être suivi d'exécution avant trente jours. A l'expiration de ce délai, un huissier se transporte sur les lieux et opère, parcelle par parcelle, la saisie des immeubles, en suivant les énonciations cadastrales ; il dresse un volumineux procès-verbal de cette opération, qu'il doit d'ailleurs dénoncer à la partie saisie dans la quinzaine plus les délais de distance. Ce procès-verbal est transcrit au bureau des hypothèques dans les 15 jours de la dénonciation au saisi ; après quoi, dans les 20 jours qui suivent, l'avoué chargé de la poursuite rédige un cahier des charges qu'il dépose au greffe du tribunal. Le greffier, à son tour, dresse un acte de dépôt, puis l'huissier, reprenant son rôle, somme dans les 8 jours les créanciers inscrits, les représentants des intéressés ayant ou pouvant avoir des hypothèques occultes, d'avoir à prendre connaissance de ce document et d'assister à sa publication devant le tribunal dans un autre délai de huitaine. Mention en est faite au bureau des hypothèques en marge de la transcription de la saisie. Trente à quarante jours après, suit une audience à laquelle cette publication a lieu et la date de l'adjudication est fixée à 30 jours au plus tôt, 60 jours au plus tard. Viennent enfin les affiches, les publications, et l'adjudication devant le tribunal.

Toutes ces formalités prennent environ de 5 à 6 mois. Et il arrive que pendant ce temps, le malheureux exproprié

voyant son bien s'en aller en frais, déserte la culture et délaisse la terre : il faut recourir à un séquestre pour faire les récoltes ou soigner les animaux qui, étant immeubles par destination, suivent le sort du principal.

Cette procédure ingénieuse et protectrice aboutit enfin, avons-nous dit, à la vente aux enchères. Si tout va bien, s'il n'y a pas de folle enchère, pas de demande en distraction, au bout d'un an et demi l'ordre pourra être terminé et le créancier payé, s'il reste quelque chose, en subissant encore certaines formalités. Mais, si des incidents s'élèvent, il est impossible de prévoir la fin de la procédure, et il serait facile de citer des cas où les créanciers ont attendu jusqu'à dix ans pour arriver à donner leur quittance finale !

Le remède le plus simple à cet état de choses consisterait dans une procédure moins compliquée, qui diminuerait à la fois les délais et les frais.

Il semble qu'il serait possible d'arriver à ce résultat et d'atténuer dans de grandes proportions le mal dont souffre la propriété foncière, sans avoir recours à des moyens extrêmes, moins immédiatement réalisables. Il suffirait d'en revenir, avec quelques modifications, à la législation du 11 brumaire an VII, en permettant la clause de voie parée, si malencontreusement prohibée par la loi du 2 juin 1841, ou, comme nous le dirons plus loin, de généraliser les dispositions spéciales au Crédit foncier établies par le décret du 28 février 1852.

Mais la clause de voie parée a soulevé un certain nombre de critiques. Il s'agit maintenant pour nous d'examiner ces

critiques et de rechercher si elles justifient la prohibition introduite dans nos lois en 1844.

La véritable expression de la clause de voie parée est celle que nous avons déjà donnée en tête de cette étude : c'est le pouvoir donné par le débiteur au créancier, dans l'obligation même, de vendre l'immeuble hypothéqué en l'étude d'un notaire, aux enchères<sup>7</sup> publiques et après affiches.

Ainsi entendue, la clause de voie parée se trouve affranchie de plusieurs des objections formulées contre elle. Le pouvoir de vendre conféré aux créanciers est en effet subordonné à des conditions telles, que le débiteur est suffisamment garanti contre l'abus possible d'un tel mandat. Et la situation, ainsi précisée, rentre bien dans les limites de la justice et de la légalité, car on se trouve simplement sous l'empire du droit commun qui autorise toute convention non contraire à l'ordre public (art. 1134, C. civ.).

Le pouvoir du créancier, étant ainsi limité à une vente entourée de garanties, examinons maintenant les principales objections des adversaires de la clause de voie parée.

*1<sup>re</sup> OBJECTION. — La clause de voie parée est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, comme impliquant chez le créancier le droit de se faire justice à lui-même et de spéculer impunément sur la gêne de l'emprunteur.*

L'ordre public et les bonnes mœurs sont intéressés, dit-on, parce que l'emprunteur, désireux avant tout de se procurer l'argent dont il a besoin, est dans une mauvaise

situation pour discuter avec son prêteur les clauses d'un contrat qu'il redoute avant tout de ne pas voir se former. A la nécessité dans laquelle il se trouve, viennent se joindre les illusions. Il croit que sa gêne ne sera que momentanée, qu'il fera fructifier avantageusement les capitaux qu'on lui prête et qu'au jour du remboursement, il n'aura qu'à prélever sur ses bénéfices la somme dont il sera débiteur. Que lui importe dans ces conditions, les diverses formalités d'une saisie et d'une expropriation qu'il croit ne devoir jamais se réaliser ? Il est prêt à consentir à ce sujet tout ce que demandera son prêteur, et il peut ainsi compromettre, un peu par force, un peu par inconscience, ses propres intérêts.

L'un emprunte l'argent que l'autre lui prête ; l'emprunteur fournit une hypothèque ; le créancier exige une garantie de plus, une garantie contraire à la loi. Cette garantie est l'aliénation d'un droit éventuel, c'est l'aliénation de la protection légale introduite en faveur du débiteur malheureux, c'est l'abandon anticipé de la dernière planche de salut que la loi lui avait accordée. Celle-ci a déterminé les diverses garanties qu'un créancier peut exiger de son débiteur ; elle lui a accordé le gage, l'antichrèse et l'hypothèque ; pour parvenir à l'exécution, elle a réglementé les saisies mobilières et réelles. § Stipuler la clause en question, c'est créer arbitrairement un quatrième mode de sûreté et un nouveau mode d'exécution.

La stipulation de voie parée, concluent les adversaires de cette clause, est donc illicite, contraire à l'ordre public,

immorale, puisqu'elle livre sans merci le débiteur au caprice du créancier qui, à défaut de paiement au jour fixé, pourra faire vendre l'immeuble hypothéqué sans l'intervention de justice et à vil prix.

Avec une telle façon de raisonner, que fait-on d'abord de la liberté dans les conventions entre le créancier et le débiteur? On la supprime! Alors autant vaudrait retrancher du Code tous les contrats de prêt, puisqu'il n'en est pas un, quelque forme qu'il prenne, auquel on ne puisse faire cette objection. Il faudrait défendre le prêt sur gage, le prêt par antichrèse, et surtout la vente à réméré, qui est bien plus dangereuse encore que la clause de voie parée. Sans être, comme cette dernière, entourée des garanties qu'offrent au débiteur l'intervention d'un notaire, le commandement préalable, le cahier des charges, la publicité de l'adjudication et les enchères, la vente à réméré fait en effet passer fatalement, par la seule force de la convention, le jour même de l'échéance, la propriété de l'emprunteur dans les mains du créancier.

On dit que l'expropriation forcée est d'ordre public, qu'y déroger est illicite. Entendons-nous! L'expropriation, quand elle est forcée, est d'ordre public, parce qu'il n'est pas permis de se faire justice à soi-même. Le créancier, quoique non payé, n'a pas le droit, de son autorité privée, de déposséder son débiteur; il doit s'adresser à la justice pour l'exproprier. Mais en est-il de même quand ce débiteur, loin de résister, a consenti à ce que son bien fût vendu dans une forme que lui-même a pris soin de déter-

miner ? Eh quoi ! il serait d'ordre public qu'un débiteur fût nécessairement exproprié en justice, quand il a voulu éviter la honte d'une expropriation ? Il serait d'ordre public de le ruiner en frais, quand il a voulu se les épargner ?

« C'est un devoir, disait le rapporteur de la Chambre des Pairs, pour la tutélaire puissance de la loi, de défendre l'emprunteur contre les exigences du capitaliste qui vient à son secours. » Il arriverait souvent, disait-on encore, que les emprunteurs, pressés par la nécessité de leurs affaires, se soumettraient aveuglément à la volonté de leurs prêteurs. Rien ne tendrait davantage à favoriser les odieuses spéculations des usuriers.

Que signifie cette prévention contre les prêteurs, confondus en masse avec les usuriers ? C'est une prévention d'un autre âge, digne du temps où tout créancier recevait le nom de juif, et aurait été volontiers proscrit sous ce nom. Il semble, en vérité, que tout créancier soit riche et que tout débiteur soit pauvre. On se persuade que tout homme qui emprunte est un homme ruiné, qui agit sous l'empire du besoin. L'expérience prouve le contraire : souvent celui qui emprunte est plus opulent que celui qui prête. Le riche quelquefois emprunte pour acheter encore, et grève momentanément son bien en vue de l'accroître. Il emprunte pour doter sa fille en argent ; il emprunte pour entrer dans une spéculation dont il espère de gros bénéfices ; il emprunte pour faire des améliorations à ses immeubles. Dans tous ces cas, le prêteur n'est pas l'homme

hardi, exigeant, aventureux, c'est l'homme paisible qui cherche le placement de son capital.

Et si débiteurs et créanciers, mis en parallèle, peuvent en particulier mériter tour à tour quelques reproches, en général, les créanciers, qui ont commencé par exécuter le contrat en se dépouillant de leur argent, sont de meilleure foi, quand ils réclament le remboursement de cet argent, que le débiteur, qui emploie mille subterfuges pour en éluder ou différer le paiement.

Et d'ailleurs, lorsqu'on parle des exigences des créanciers et de contrainte par eux exercée, qu'on s'explique ! de quelle contrainte veut-on parler ? Ici, la loi n'a rien laissé dans le vague. Il faut que ce soit une crainte capable de faire impression sur une personne raisonnable, et que ce soit la crainte d'un mal considérable et présent. Il faut surtout que ce soit une crainte injuste. Laissons parler à ce sujet Pothier, celui de nos jurisconsultes qui a le mieux expliqué les contrats sous le double rapport du for extérieur et du for de la conscience :

« La violence, dit-il, qui peut donner lieu à la rescision du contrat, doit être une violence injuste, *adversus bonos mores*. Les voies de droit ne peuvent jamais passer pour une violence de cette espèce : c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec son créancier sur le seul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avait droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison,

lorsque le créancier a eu droit de l'emprisonner » (1).

A plus forte raison, quand la dette n'est pas encore contractée ; quand chacun est libre, l'un de ne pas prêter, l'autre de ne pas emprunter ; quand le créancier n'a encore aucune action sur le débiteur ; on ne peut pas dire que celui-ci soit en butte aux exigences du capitaliste, aux spéculations de l'usurier, ou du moins de pareilles allégations ne pourraient se justifier que par la nature particulière des faits.

Or, de quoi s'agit-il dans la clause dont nous examinons en ce moment la valeur et la portée ? Elle ne contient, de la part du futur débiteur, que la simple soumission à un résultat inévitable : à défaut de paiement, faire vendre l'immeuble pour payer ; faire vendre avec moins de lenteur et de frais, dans l'intérêt commun, sagement prévu et réglé à l'avance, du débiteur et du créancier. En quoi l'ordre public est-il donc blessé par cet arrangement ?

Veut-on savoir enfin quelles sont les conséquences déplorables de cette protection excessive accordée par la loi aux débiteurs ? C'est que le prêteur refuse d'avancer de l'argent. Par un contre-coup, qu'amène avec soi l'excès en toutes choses, l'emprunteur, pour être trop protégé, se trouve sacrifié. Le prêteur, inquiet des dangers que lui font courir les garanties accumulées autour du débiteur par les dispositions protectrices de notre régime hypothécaire et la bienveillance de la jurisprudence, renonce aux

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 26.

prêts sur hypothèque et ferme sa bourse à l'emprunteur. Ce dernier est littéralement ruiné. C'est là une protection à la manière de celle de l'ours de la fable.

II<sup>e</sup> OBJECTION. — *La clause de voie parée est prohibée avec raison, puisque des conventions analogues sont prohibées par les articles 2078 et 2088 du Code civil.*

Pour justifier la prohibition de la clause de voie parée, ses adversaires prétendent que si le principe de la prohibition n'était pas encore inscrit dans la loi, il l'était déjà dans l'esprit de la jurisprudence. Et ils citent à l'appui de leur opinion l'article 2078 du Code civil, interdisant au créancier de disposer de son gage mobilier et annulant toute clause qui le dispenserait de s'adresser à la justice, pour s'en faire attribuer la propriété faute de paiement ou le faire vendre aux enchères. Ils invoquent également l'article 2088 du même Code, qui interdit toute clause autorisant le créancier à conserver l'immeuble en paiement.

L'expropriation forcée est, en effet, disent toujours les adversaires de la clause de voie parée, un acte de véritable juridiction. Lorsqu'au moment où doit s'opérer la dépossession, le débiteur n'y consent pas, la justice seule peut le dépouiller. L'adhésion antérieure qu'il aurait donnée, au moment du contrat, à un autre mode de vente, a été jugée par lui encore si éloignée de l'exécution, la situation d'un emprunteur est si dépendante du créancier qui lui dicte ses conditions, qu'un tel consentement man-

que de ses garanties les plus essentielles, la liberté et la réflexion.

Mais ce sont là des dispositions toutes spéciales qui ne peuvent être étendues au delà des deux cas qu'elles visent particulièrement, et il s'agit de nullités qui sont toujours de droit étroit.

En matière de gage, l'article 2078 a raison d'exiger un mode spécial de vente, parce que les meubles n'ont pas de suite, et qu'il n'y a pas de recours en lésion. L'article 2088 a également raison, pour l'anticrèse, de proscrire la clause qui attribuerait de plein droit la propriété au créancier par le seul défaut de paiement au terme convenu, parce que cette clause n'est autre chose que l'ancien pacte commissoire, proscrit par la loi de Constantin. Mais ce pacte n'a rien de commun avec la clause de voie parée.

Il n'y a aucune analogie entre les rapports d'un créancier gagiste avec son débiteur et les rapports d'un créancier hypothécaire avec son emprunteur. Si la loi défend au créancier gagiste de disposer du gage, et si, à cet effet, l'article 2078 déclare nulle toute clause qui l'autoriserait à s'approprier le gage et à en disposer sans les formalités qu'il ordonne, c'est que le débiteur, dans ce cas, se trouve à la merci de son créancier ; c'est que le créancier est nanti du gage, qu'il le possède, qu'il l'a sous la main, qu'il ne dépend que de lui de le faire disparaître, soit par une vente, soit par une simple tradition manuelle. Le contrat de gage est vu avec méfiance par la loi, parce que souvent il déguise un contrat usuraire. Elle ne veut pas,

et elle a raison, que le débiteur, livré aux calculs d'un prêteur à la petite semaine, puisse voir son gage disparaître entre les mains de ce dernier.

Mais où trouver la moindre analogie dans les relations du créancier hypothécaire et de l'emprunteur ? Sans doute, le premier a bien un droit de préférence sur le prix et un droit de suite sur l'immeuble hypothéqué ; mais le droit de propriété du débiteur sur l'immeuble en est-il pour cela entravé ou paralysé ? Non, puisqu'il conserve la propriété de son immeuble, qu'il en jouit et qu'il en perçoit les fruits. Le créancier ne peut jamais en disposer ni en devenir propriétaire, à moins qu'il ne l'acquière par une vente régulière. Et la vente consommée, le créancier hypothécaire, à la différence du créancier gagiste, ne peut s'en approprier le prix, car il faut que la vente soit transcrite, que les formalités de la purge soient accomplies, que les créanciers inscrits soient appelés au paiement du prix. Le droit de surenchérir leur est réservé et demeure pour eux une sauvegarde contre toute espèce de fraude.

Il n'y a aucune corrélation entre les deux situations ; on ne peut donc, en bonne logique, raisonner par analogie d'un cas à l'autre.

L'article 2078 du Code civil est ainsi conçu : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'ap-

propre le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle. »

D'après la grande majorité des auteurs, cet article ne prononce aucunement la nullité de la clause de voie parée. Les parties peuvent valablement convenir que le gage sera vendu sans l'intervention de la justice, c'est-à-dire avec publicité et concurrence, pourvu que la vente s'opère aux enchères.

L'article 2078 affirme seulement trois choses : que le titre du gage ne peut devenir un titre de propriété ; que le gagiste ne peut trouver dans son titre une autorisation de s'approprier le gage ; et qu'il ne peut même pas y trouver un mandat pour disposer du gage à l'amiable.

Il est facile d'établir que la clause de voie parée ne présente rien qui soit contraire à ces trois dispositions. Le créancier ne se prétend point propriétaire ; il ne prétend pas davantage s'approprier l'immeuble ; enfin il ne prétend pas avoir mandat ni pour en faire, ni pour en diriger la vente. Le créancier ne veut qu'une chose, c'est d'éviter les formalités de l'expropriation forcée. Il veut qu'il y ait vente aux enchères devant un notaire commis par le tribunal. Et l'article 2078, par ses deux alinéas combinés, autorise que le créancier dispose, pourvu que la vente soit ordonnée par justice et faite aux enchères.

Quant à l'article 2088, il est ainsi conçu : « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle. En ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. »

D'où l'on conclut que toute convention de vente volontaire est nulle, alors même que les formes stipulées garantissent le débiteur contre le créancier.

Cette conséquence n'est nullement obligée. Que dit en effet la loi ? Toute convention contraire est nulle....., c'est-à-dire toute convention par laquelle le créancier deviendrait propriétaire faute de paiement. L'article 2088 ne prohibe pas d'autre clause. Il ajoute : En ce cas le créancier peut poursuivre l'expropriation....., mais il ne dit plus que toute clause contraire est nulle. Il n'interdit pas tout autre mode de vente aux enchères publiques. Le créancier peut, mais ne doit pas nécessairement s'astreindre aux formes de l'expropriation. Les termes n'ont rien d'impératif.

Ce qu'a voulu la loi, en consacrant les prohibitions des articles 2078 et 2088 du Code civil, c'est donc uniquement que le créancier ne puisse pas s'approprier, sans aucune formalité, le gage de son débiteur, parce que ce gage est souvent d'une valeur bien supérieure à la dette, et que le résultat aurait été d'enrichir le créancier par la ruine du débiteur.

Mais y a-t-il rien de semblable à redouter dans le cas où les formalités suivies permettent de porter l'immeuble à son plus haut prix, et lorsque le débiteur en conserve la propriété, qu'il peut le vendre comme il lui plaît ou le faire saisir par un autre créancier, avant que la vente à la requête du créancier mandataire ait été consommée ? On ne peut voir là aucune menace d'usure ou de spéculation.

Evidemment les motifs des articles 2073 et 2088 ne s'appliquent pas plus que leur texte, à la convention de vente aux enchères devant notaire.

D'ailleurs il importe d'observer que, pour justifier la validité de la clause de voie parée, on peut encore raisonner par induction de l'article 954 du Code de procédure civile, qui permet de vendre les biens d'un mineur devant notaire, pourvu que ce soit publiquement et aux enchères. Il suit de là que ce mode de vente a inspiré au législateur autant de confiance que la vente en justice, puisqu'il l'autorise à l'égard du mineur, c'est-à-dire d'un incapable qu'il entoure de toute sa sollicitude.

Donc un mandat, par lequel un majeur autorise son créancier à provoquer une vente aux enchères devant un notaire commis par le tribunal, devrait être considéré comme valable si l'article 742, contraire à l'esprit de nos lois, n'était venu fort mal à propos l'interdire.

Le législateur lui-même n'a pas hésité à reconnaître, dans un autre endroit, l'avantage des ventes volontaires sur les ventes forcées. L'article 743 du Code de procédure (anc. art. 746 et 747) autorise en effet le débiteur saisi réellement à prévenir les formalités de l'expropriation forcée, en obtenant de la justice que l'adjudication soit faite aux enchères devant notaire.

« Les immeubles appartenant à des majeurs, maîtres de disposer de leurs droits, dit cet article, ne pourront, à peine de nullité, être mis aux enchères en justice, lorsqu'il ne s'agira que de ventes volontaires. Néanmoins,

lorsqu'un immeuble aura été saisi réellement, il sera libre aux intéressés, s'ils sont majeurs et maîtres de leurs droits, de demander que l'adjudication soit faite aux enchères, devant notaire ou en justice, sans autres formalités et conditions que celles qui sont prescrites aux articles 958 et suivants pour la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs. »

C'est donc par exception que la vente volontaire sur conversion sera continuée en justice, puisqu'il est de règle que toutes les ventes volontaires sont du domaine exclusif des notaires.

Le législateur a vu avec faveur que le débiteur préviennne la vente judiciaire par une vente volontaire, et l'esprit de l'article 743 ne s'oppose pas à la clause de voie parée. Mais pourquoi cette faculté, accordée après la saisie et sa transcription, n'est-elle pas accordée avant ? Pourquoi cet éclat et ces frais préalables ? Pourquoi en faire la condition et comme la récompense de cette faculté trop tard accordée de convertir la vente forcée en vente volontaire ? C'est venir au secours du failli après la faillite, au secours du saisi, après la saisie. Ne vaut-il pas mieux prévenir le mal que d'essayer de le guérir après l'avoir causé ?

Du reste, l'orateur du Tribunal expliquait déjà fort bien qu'il eût été abusif de ne pas laisser au débiteur et à ses créanciers le moyen de s'affranchir des formes lentes et coûteuses de la saisie immobilière : « Cette mesure, disait-il, en parlant de la faculté accordée par l'ancien article 747, est plus importante qu'on ne pourrait le pen-

ser d'abord. Elle tient lieu d'établissement d'une procédure particulière en saisie immobilière, dont le besoin s'était fait vivement sentir lorsqu'il s'agissait d'objets qui, par la modicité de leur valeur, couraient risque d'être considérablement diminués, ou même absorbés par les frais ordinaires de la saisie ».

Comment supposer après cela qu'on ait eu l'idée de prohiber la convention de vente volontaire faite avant toute saisie ; de la prohiber même lorsqu'elle n'est destinée qu'à prévenir d'inutiles dépenses ?

Observons d'ailleurs que la convention permise par le deuxième alinéa de l'article 743 est accordée au débiteur, encore que l'article 686 du même Code interdise à la partie saisie tout acte d'aliénation. Nouvelle preuve que les enchères devant notaire inspirent au législateur autant de confiance que la vente au tribunal, telle qu'elle résulte de l'expropriation forcée. Pourquoi du reste en serait-il différemment ? Qu'y a-t-il dans les formalités préalables de l'expropriation forcée de si nécessaire, que la loi ne puisse tolérer un pacte tendant à les supprimer ? L'article 743, alinéa 2, autorise le débiteur à les supprimer lui-même, alors qu'il est saisi réellement ; pourquoi ne pourrait-il pas consentir d'avance à leur suppression, alors qu'en s'obligeant il prévoit le cas de non-paiement et de vente aux enchères ? Les actes préliminaires de l'expropriation n'ont d'autre utilité pour le débiteur que de l'avertir de la vente prochaine de son immeuble ; or, les formalités de la clause de voie parée, telle que nous l'entendons, suffisent amplement à lui donner cet avertissement.

En résumé, il n'existe aucun motif plausible, aucune disposition expresse ou virtuelle de nos lois, qui puisse justifier la disposition de l'article 742 du Code de procédure civile ; alors qu'on en trouve au contraire qui tendent à prouver la validité de la clause de voie parée. On a, bien à tort, interdit cette clause en 1841 ; il est à souhaiter aujourd'hui que la sagesse du législateur rétablisse un état de choses plus conforme à l'esprit général de la législation, aux règles de la justice et aux intérêts économiques du pays.

III<sup>e</sup> OBJECTION. — *L'autorisation de vendre, donnée par le débiteur à son créancier dans la clause de voie parée, ne peut être qu'un mandat essentiellement révocable, et par conséquent, la condition d'irrévocabilité, exprimée ou sous-entendue, est contraire aux principes généraux du droit.*

Si l'on considère l'autorisation de vendre, accordée au créancier dans la clause de voie parée, comme un mandat ordinaire, il est bien certain en effet que ce mandat, donné dans l'intérêt du mandant seul, est essentiellement révocable.

Mais pour bien déterminer les effets des conventions passées entre les parties, il faut commencer par en rechercher la nature. Or, quoique désigné sous le nom de mandat, le pouvoir de vendre donné par le débiteur à son créancier est, en réalité, une clause d'une convention synallagmatique, par laquelle le débiteur autorise le créancier à faire vendre dans une hypothèse déterminée, et c'est

moyennant cette autorisation que le créancier consent le prêt demandé. Il y a donc stipulation réciproque, également obligatoire pour les deux parties.

Cette opinion n'a rien de contraire à la loi. Il est incontestable, en effet, que l'obligation formée par le concours de deux volontés est de sa nature un contrat irrévocable, puisque, d'après l'article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ».

Or, les obligations pour prêt d'argent sont autorisées par nos lois, qui admettent le contrat de prêt ; elles sont donc par leur nature irrévocables. Et le mandat de vendre l'immeuble hypothéqué forme une des conditions du prêt et en est incontestablement une partie intégrante et nécessaire ; un pareil mandat est donc irrévocable tout aussi bien que le contrat lui-même.

Peu importe, par conséquent, que la révocation ait été notifiée avant ou après l'adjudication. La révocation après l'adjudication peut avoir un caractère particulier de mauvaise foi, parce que le silence au moment de l'adjudication a entretenu la sécurité de l'adjudicataire. Mais la révocation, eût-elle précédé, est toujours inefficace pour rompre un mandat qui a le caractère d'un engagement synallagmatique.

D'ailleurs, le mandat que donne le débiteur au créancier dans l'obligation avec voie parée n'est pas un simple mandat fait en faveur du seul mandant : il est bien stipulé

par le mandant, mais il peut aussi profiter au mandataire, pour assurer contre le mandant l'exécution de la convention qu'il a souscrite.

Nous ne sommes donc plus ici en présence d'un mandat ordinaire, révocable à tout moment, comme ayant été donné dans l'intérêt exclusif du mandant, mais en présence d'un mandat de nature spéciale, donné à la fois dans l'intérêt du mandant et du mandataire, et qui ne peut être révoqué par le mandant seul.

IV<sup>e</sup> OBJECTION. — *La vente par suite de la clause de voie parée laisse les autres créanciers en dehors de la poursuite ; c'est renoncer à une surveillance dont l'utilité est incontestable, et c'est accorder une faveur illégale à un seul créancier au détriment des autres.*

Il peut y avoir d'autres créanciers, dit-on, ayant aussi des droits sur l'immeuble, à qui il importe que la vente ait lieu publiquement et judiciairement, afin que l'immeuble atteigne sa plus haute valeur et qu'ils soient d'autant plus assurés d'être remboursés de leurs créances. C'est porter atteinte à leurs droits, antérieurs peut-être à ceux de ce créancier trop vigilant, que d'autoriser ce dernier à faire une convention qui mette à sa discrétion le débiteur commun et sa fortune.

Il ne faut pas trop se hâter de s'émouvoir et de prendre en pitié les autres créanciers, qui s'en étaient remis aux règles ordinaires de la saisie immobilière. Ils ne sont point impliqués dans la clause dont il s'agit, qui est pour eux *res inter alios acta*. Leur droit demeure sauf.

Se prétendent-ils créanciers ? De deux choses l'une : ils sont hypothécaires ou simplement chirographaires. Hypothécaires, ils exerceront leurs droits de suite et de surenchère, comme lors de toute vente amiable. Chirographaires, ils ne seront pas dans une condition pire que si le débiteur avait vendu de gré à gré à l'un d'eux. Les uns et les autres, d'ailleurs, conserveront la faculté d'exproprier le débiteur par les voies ordinaires, jusqu'à ce que la vente à la requête du créancier mandataire ait été consommée. La convention n'aura donc pour eux que l'effet utile de diminuer les frais de procédure et de laisser ainsi plus de valeur à leur gage ; l'immeuble sera plus tôt vendu, ils seront plus tôt payés, s'ils viennent en ordre utile ; c'est ce qu'ils désirent.

Se prétendent-ils anciens propriétaires ? Ils n'ont pas davantage à se plaindre. L'expropriation, jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication ne purge pas la propriété (art. 717, C. proc.) ; à plus forte raison une simple vente après publicité. L'action en revendication demeure ouverte.

En quoi donc les intérêts des autres créanciers peuvent-ils être compromis ?

V<sup>e</sup> OBJECTION. — *La clause de voie parée a pour résultat et pour effet de mobiliser en quelque sorte la propriété.*

On s'appuie, pour justifier cette objection, sur ce que la clause de voie parée rend la transmission de la propriété immobilière presque aussi prompte et aussi facile que la

tradition des meubles et des espèces monnayées. Un bon système hypothécaire, dit-on, doit faciliter la disposition du gage immobilier et ne doit pas le surcharger d'obstacles et de formalités qui découragent les prêteurs et les éloignent de ces placements : mais il ne doit pas non plus, en facilitant outre mesure sa réalisation en espèces, mettre les immeubles absolument sur la même ligne que les meubles. Le caractère dominant de la propriété immobilière, c'est la conservation. On doit accompagner sa mutation d'examen et de discussion. Or, on s'éloigne de ces principes en autorisant les ventes sans formalités judiciaires.

Assurément, la propriété foncière est la base la plus solide des sociétés. La garantir est le but de la loi et l'un des premiers devoirs du législateur. Sa conservation, sa stabilité sont désirables, trop de mobilité introduisant une sorte de perturbation. Aussi de tout temps et aujourd'hui encore, pour ce qui a pu rester de ce sentiment dans nos mœurs, la conservation des biens dans les familles a produit et peut produire encore d'heureux résultats ; mais n'exagérons rien.

Une expropriation n'est pas autre chose que l'action légitime du créancier. La question de propriété n'est pas compromise parce que celle-ci change de mains. La loi l'a protégée en la personne du débiteur tant qu'il a pu la conserver ; elle la protégera entre les mains du nouvel acquéreur qui paiera la dette dont l'immeuble était grevé.

Quant à la rapidité et aux solennités des formes de

l'exécution forcée, l'intérêt du détenteur actuel, d'accord avec celui de son créancier, exige que ces formes soient aussi simplifiées que possible et que des frais énormes soient épargnés.

Ces formes, au surplus, sont bien variables suivant les législations. Notre Code de procédure, il faut le dire, est resté réfractaire à toutes les améliorations qui eussent simplifié les formalités et diminué les frais de l'expropriation des immeubles. Aussi notre procédure de saisie immobilière est-elle un fléau pour le débiteur et pour les créanciers ; et c'est pour y remédier, pour éviter les inextricables embarras de la législation actuelle, que les parties songent à insérer dans leur contrat la stipulation connue sous le nom de clause de voie parée.

La propriété, c'est le droit d'user et d'abuser ; en fait et en droit, le propriétaire capable est libre de disposer de sa chose. Sa liberté n'est circonscrite que par le préjudice qu'il pourrait porter à un tiers : hors cette circonstance, elle est absolue ; et il dispose de sa propriété comme il l'entend, lors même qu'elle est grevée d'hypothèques bien au delà de sa valeur. Tant qu'il n'est pas sous le coup d'une saisie transcrite, acte qui est lui-même un commencement de dépossession, un propriétaire peut vendre, soit avec publicité, soit de gré à gré, soit clandestinement, par acte sous seing privé ; il peut faire une vente à réméré sous cette forme, sans autre garantie pour les créanciers que la faculté de surenchérir.

Pour quels motifs venir porter atteinte à ses droits,

en lui interdisant de stipuler la clause de voie parée, par laquelle la vente des biens hypothéqués n'est accomplie qu'avec la publicité ordonnée pour les ventes de biens de mineurs, ces incapables que la législation entoure de sa plus tutélaire sollicitude ?

Et cependant la loi de 1841 est intervenue, qui a lié le propriétaire et lui a interdit d'autoriser son créancier à faire vendre ses immeubles, sans remplir les formalités de la saisie, devant un notaire et après de simples affiches. Le but de cette loi, dit-on, a été la protection des immeubles qui sont la base de tout patrimoine, et dont il faut assurer autant que possible la conservation dans les familles. Mais cette protection n'a-t-elle pas été exagérée ?

Plus que jamais il est nécessaire que le législateur intervienne pour donner satisfaction à l'opinion publique ; et il pourrait le faire, du moins en partie, en abrogeant l'article 742 du Code de procédure et en autorisant de nouveau la clause de voie parée.

VI<sup>e</sup> OBJECTION. — *La clause de voie parée entraîne la ruine de l'emprunteur et la vente de l'immeuble à vil prix.*

Le législateur, dit-on, a fait à l'adjudicataire des biens vendus sur saisie une situation très favorable. Il a fixé à une quotité relativement considérable, un sixième, la surenchère qui peut être portée et décidé que l'action résolutoire ne pourrait pas être intentée après l'adjudication. Si on a vendu en vertu d'une clause de voie parée, l'acheteur pourra se voir écarté par une surenchère d'un dixième

seulement ou évincé par un ancien vendeur impayé. Pense-t-on que la perspective d'une situation aussi peu sûre, aussi menacée, attirera beaucoup d'enchérisseurs ?

La vente se fera mal pour d'autres raisons encore, prétendent toujours les adversaires de la clause de voie parée. En diminuant la publicité, le vendeur aura diminué les chances de voir s'engager autour de l'immeuble ces luttes d'enchères qui se livrent journellement au Palais, et dont le résultat est de faire parfois prononcer l'adjudication à un prix supérieur à la valeur réelle du bien vendu. De plus, l'aliénation sera peut-être trop précipitée ; elle pourra avoir lieu dans une petite localité assez inconnue, éloignée de la situation de l'immeuble ; enfin les tiers qui ont intérêt à ce que la réalisation du gage se fasse aux meilleures conditions possibles ne sauront pas souvent ce qui se passe et ne pourront, en portant eux-mêmes les enchères, assurer une vente plus avantageuse.

Sans doute, il peut arriver dans certains cas, mais ce sont des cas exceptionnels, que la vente devant le tribunal donne de meilleurs résultats que la vente devant notaire. Mais qui ne sait que généralement c'est le contraire qui a lieu, et que les adjudications à vil prix sont plutôt la suite des ventes retenues au tribunal que de celles renvoyées devant notaire. D'ailleurs, peut-on oublier que si les créanciers ne sont pas satisfaits du prix, ils peuvent surenchérir du dixième (art. 2185) ; et que toute personne peut surenchérir du sixième, d'après l'article 710 du Code de procédure, que l'article 965 du même Code

déclare applicable aux ventes sur publications volontaires ?

Bien des enchérisseurs viennent en l'étude du notaire, sur place, au lieu même où se trouvent situés les biens à vendre et refusent de se déranger pour aller au chef-lieu d'arrondissement, dans la crainte d'un voyage inutile et de frais exagérés. Tel client, qui aurait donné à son avoué l'ordre d'acheter jusqu'à un prix maximum, dépassera souvent ce prix, s'il enchérit lui-même et s'il se trouve en présence de voisins qu'il connaît et qui lui portent ombrage.

Devant le tribunal, l'enchérisseur ne se fait pas connaître, l'enchère est, pour ainsi dire, anonyme ; devant le notaire, c'est l'enchérisseur lui-même qui, le plus souvent, la porte de vive voix. C'est encore là ce qui explique que les prix des ventes réalisées dans les études de notaires sont plus rémunérateurs que les prix des ventes à la barre.

La preuve de l'exactitude de cette observation c'est que, mieux avisés, les intéressés demandent plus souvent aujourd'hui qu'autrefois le renvoi devant notaire des ventes judiciaires, ainsi qu'il résulte du passage suivant du rapport du garde des sceaux sur l'administration de la justice civile en France et en Algérie pendant l'année 1897 : « La diminution du nombre des ventes judiciaires s'est continuée en 1897. On peut juger par les chiffres suivants des variations qui se sont produites en cette matière depuis 1890 : 1890, 30.772 ; 1891, 28.905 ; 1892, 28.004 ; 1893, 26.584 ; 1894, 26.193 ; 1895, 25.855 ; 1896,

24.512 ; 1897, 23.988..... Le nombre des ventes renvoyées devant les notaires, après être resté jusqu'en 1892 à peu près invariable (40 0/0), s'est élevé sensiblement depuis cette époque ; il est de 47 0/0 en 1897. Le nombre des ventes retenues à la barre au cours de l'année 1897, 12.891, n'excède que de six centièmes celui des ventes renvoyées devant notaire, 11.097. »

Enfin un dernier avantage, et non des moindres, de ces ventes par devant notaires, c'est que les incidents y sont beaucoup moins nombreux que pour les ventes devant le tribunal. En effet, les adjudications effectuées par les notaires ont donné lieu à 23 incidents pour 100 ventes, et celles qui ont été prononcées par les tribunaux à 71 pour 100.

Quant au reproche que les ventes après clause de voie parée seront faites par un notaire éloigné de la situation de l'immeuble, il tombe avec la nomination par le tribunal du notaire chargé de la vente, car le tribunal ne manquera pas de choisir le notaire le plus voisin des biens à vendre.

Nous citerons, pour terminer cette comparaison, tout à l'avantage des ventes volontaires, un exemple tiré du *Répertoire général pratique du notariat*. M. Defrénois compare le produit de la réalisation du gage et son attribution aux créanciers hypothécaires : 1° en cas de vente par application de la clause de voie parée ; 2° en cas de vente à la suite de saisie :

. — *Vente sur clause de voie parée.*

« Un agriculteur, possédant une propriété rurale dont la valeur vénale est de 6.000 francs, contracte, et sa femme solidairement avec lui, un emprunt de 4.500 francs sur une première hypothèque de cette propriété. On y insère une clause conférant au prêteur, à défaut de paiement à l'échéance, le droit de faire vendre le gage hypothécaire après commandement. L'hypothèque est inscrite avec mention de la clause de voie parée.

« Le terme fixé pour l'exigibilité de la dette étant arrivé, le créancier, à défaut de remboursement, fait commandement de payer aux débiteurs, en leur déclarant que si le commandement demeure sans effet dans les trente jours, il fera procéder à la vente du gage hypothécaire, en conformité de la clause insérée dans l'acte de prêt.

« Après l'expiration des trente jours, le créancier présente requête au président du tribunal à fin de nomination d'un notaire pour procéder à l'adjudication, sur une mise à prix de 5.000 francs.

« Le notaire commis dresse le cahier des charges pour parvenir à l'adjudication, en mentionnant que le prix à en provenir est expressément délégué aux créanciers inscrits, avec le droit de le toucher suivant le rang de leurs inscriptions, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, de donner quittance et de faire mainlevée de l'inscription d'office, le tout sans le concours des débiteurs.

« La vente a ensuite lieu par adjudication, moyennant un prix de 5.800 francs, les frais en sus.

« La transcription révèle l'existence de trois inscriptions : celle du bailleur de fonds, pour 4.500 francs ; une deuxième, au profit d'un second prêteur, pour 600 francs ; et une troisième, d'hypothèque judiciaire, pour 512 francs.

« Conformément à la délégation aux créanciers inscrits contenue dans le cahier des charges, l'adjudicataire leur paie son prix, tant en principal et intérêts, de 5.872 francs, savoir :

« Au premier inscrit, principal et intérêts : 4.810 fr.

« Au deuxième inscrit, principal et intérêts : 628 »

« Au troisième inscrit, le surplus du prix, soit : 434 »

sur sa créance tant en principal qu'intérêts et frais, étant de 647 francs, de sorte qu'il lui reste dû 213 francs.

Somme égale au prix : 5.872 fr.

## II. — *Vente sur expropriation forcée.*

« Le même propriétaire emprunte 3.000 francs sur première hypothèque, avec pareil engagement solidaire de sa femme, mais sans clause de voie parée. A l'échéance de la dette, la vente, poursuivie et ordonnée sur expropriation forcée, a lieu à la barre du tribunal, sur une mise à prix de 2.000 francs, et la propriété est adjugée après une seule enchère moyennant 2.050 francs, plus les frais de poursuite s'élevant à 620 francs.

« La transcription révèle l'existence de quatre inscriptions d'hypothèque, se montant ensemble à 5.200 francs ; elles nécessitent un ordre en justice dont les frais sont de 360 francs ; il reste sur le prix une somme de 1.690 francs.

« Le premier créancier inscrit est colloqué jusqu'à concurrence de cette somme ; il lui reste dû en capital 1.310 fr., plus les intérêts. Quant aux trois autres créanciers, ils seront forclos pour insuffisance de prix » (1).

Et M. Defrénois conclut fort justement que les explications qui précèdent, et dont la réfutation est impossible, établissent avec une évidence absolue : qu'avec la clause de voie parée, le petit possesseur de biens ruraux peut prétendre à un crédit égal, à peu de chose près, à la valeur de ses biens ; tandis qu'en présence de l'expectative de la réalisation du gage par une expropriation forcée à la barre du Tribunal, et de l'ordre judiciaire qui s'en suit, il est pour ainsi dire dépourvu de tout crédit.

Cette comparaison n'est-elle pas la meilleure démonstration qui puisse être faite en faveur du rétablissement de la clause de voie parée ? Ne prouve-t-elle pas jusqu'à l'évidence qu'il y a tout intérêt à vendre par devant notaire, puisque cette vente entraîne moins de frais et donne de meilleurs résultats que la vente judiciaire ?

VII<sup>e</sup> OBJECTION. — *Si la clause de voie parée est autorisée par la loi, elle deviendra bientôt de style dans tous les contrats de prêt. D'ailleurs, elle est inutile, si la loi sur la saisie immobilière est sagement réformée.*

On dit que la clause de voie parée, si elle était autorisée par la loi, deviendrait d'un usage tellement général que

(1) Defrénois, *Répertoire général pratique du notariat*, année 1897, art. 9352.

l'emprunteur ne pourrait trouver de fonds sans la subir. Le créancier l'imposerait au débiteur comme condition du prêt et, dans tous les cas, le notaire ne manquerait pas de la conseiller aux parties.

S'il doit en être ainsi, si cet usage doit se répandre avec une aussi grande rapidité, il faut reconnaître que la loi n'aurait fait que satisfaire à un vœu bien impérieux du pays, car un usage ne s'établit d'une manière aussi générale, et en si peu de temps, que s'il est d'une absolue nécessité.

Où serait d'ailleurs l'inconvénient si tous les prêts étaient faits sous cette condition ? Les créances n'en seraient que plus facilement transmissibles et mobilisables, la fortune publique et le Trésor n'y perdraient pas, et le débiteur n'en trouverait que plus facilement à rembourser par voie de transport le créancier inexorable qui voudrait l'exproprier. Le créancier lui-même y aurait avantage, puisque son gage serait déchargé des frais énormes occasionnés par la procédure de saisie immobilière, et que cette économie augmenterait d'autant le capital affecté au remboursement de sa créance.

Quant à l'objection que la clause de voie parée serait inutile si on réformait le Code de procédure, elle n'est rien moins que fondée. Toutefois, ce qui a fait surtout accueillir avec faveur la clause de voie parée, ce sont les lenteurs et les frais de la procédure actuelle d'expropriation. Et il faut bien reconnaître que ces formalités ont été diminuées dans la limite du possible. Deux fois le législa-

teur s'en est occupé : la première en 1844, mais cette loi est restée complètement inefficace ; les frais ont augmenté et la conviction s'est établie qu'une pareille réforme serait difficilement réalisée. La seconde tentative date de 1850 ; la discussion à laquelle le projet de loi hypothécaire a été soumis prouve l'extrême difficulté de la matière et presque l'impuissance du législateur. D'un côté, la crainte d'innover et de troubler l'harmonie de nos Codes ; de l'autre côté, les réclamations présentées contre le projet au nom de droits acquis, fort respectables d'ailleurs, ont fait avorter la loi, malgré les incontestables améliorations dont elle contenait le germe.

Mais ces formalités, quelque réduites qu'elles soient, seront toujours beaucoup plus nombreuses que celles de la clause de voie parée. Celle-ci sera encore plus rapide et plus économique que l'expropriation forcée ; et pour cette seule raison il y aurait intérêt à en faire reconnaître la validité par notre Code de procédure.

Il est aussi un autre motif que l'on peut invoquer en faveur de cette clause. C'est surtout pour éviter la honte résultant de l'expropriation que le débiteur accepte la clause de voie parée. Il stipule simplement qu'on n'emploiera pas contre lui l'arme meurtrière de l'expropriation, qui, du même coup, lui ravit son bien et sa considération ; il demande qu'à ce moyen violent on substitue des formes plus simples, plus économiques, et conduisant plus sûrement au seul but qu'on se propose, le paiement de la

dette ou la vente de l'immeuble aux meilleures conditions.

Voilà ce que ne pourrait faire une réforme, même plus complète, du Code de procédure. C'est pourquoi l'abrogation de l'article 742 de ce Code s'impose ; car seule la clause de voie parée peut conserver au débiteur toute sa considération, sans empêcher que le créancier ne prenne les mêmes garanties que celles accordées par le Code et n'obtienne facilement son paiement à l'échéance.

En prohibant cette convention aussi loyale que sage, le législateur de 1844 ne s'est pas aperçu qu'il tuait maladroitement le débiteur en voulant le sauver. Le créancier est aujourd'hui à la merci de son débiteur ; comment consentirait-il à lui avancer l'argent dont il a besoin ?

La créance la plus légitime, fût-elle première en hypothèque, est toujours menacée ; et quand elle n'est pas perdue, le jour de son remboursement est tellement incertain et éloigné, que le créancier qui attend ce remboursement pour acquitter une dette personnelle peut être exproprié à son tour pendant les lenteurs de l'expropriation qu'il a commencée.

Aussi le prêteur est-il découragé par les nombreuses formalités que lui impose le Code, il garde son argent ; que fera alors l'emprunteur qui avait besoin de cet argent et qui le trouvait facilement et à de si justes conditions avec la clause de voie parée ? Il est obligé de subir des conditions injustes. Le législateur le pousse au réméré,

aux contrats pignoratifs voilés par des conventions diverses, à la lettre de change, au billet à ordre, à tous les actes les plus condamnables qui cachent généralement l'usure, la fraude et la violence, à tous les pactes enfin dont M. Troplong dit « qu'ils sont vexatoires, parce qu'ils sont un abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent ; qu'ils sont immoraux, parce que rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois et de s'enrichir à ses dépens » (1).

Les adversaires de la clause de voie parée se sont donc trompés de but ; ils voulaient secourir le débiteur, ils le perdent ; ils voulaient sauver le crédit public, ils le tuent.

Si on tient à rendre le crédit au sol, sans rien préjuger des autres moyens que le législateur pourra employer, et quel que soit l'efficacité de ces moyens, on sera forcé de revenir sur la mesure législative qui a proscrit la clause dont il s'agit. Tous les hommes vraiment pratiques ont, dans bien des circonstances, témoigné leurs regrets à ce sujet.

« On a traversé les temps où la législation était informe, a dit M. Dupin ; on a traversé les temps du Châtelet, les temps de la Révolution, et même les temps présents jusqu'à 1844 ; et jamais on n'a eu l'idée de gêner à ce point

(1) Troplong, *Traité du Nantissement*, nos 379 et 381.

la liberté des conventions privées ; quelle meilleure preuve, ajoutait-il, que l'ordre public, les bonnes mœurs et la situation des débiteurs vis-à-vis de leurs créanciers n'étaient pas menacés par cette liberté ? »

## CHAPITRE III

### ANALYSE ET INTERPRÉTATION DE LA PROHIBITION.

C'est toujours une tâche délicate que de fixer exactement l'étendue d'application d'un texte et la tâche devient particulièrement ardue quand ce texte a pour but de déjouer les combinaisons subtiles où l'usure cherche à se dissimuler. Le législateur, dira-t-on, a voulu les condamner toutes. Il ne faut cependant pas oublier que nous sommes ici en matière exceptionnelle. L'article 742 du Code de procédure constitue une dérogation au droit commun en matière de contrats : c'est un texte qui empêche la clause de voie parée d'être une convention légalement formée. Par suite, on ne saurait étendre la prohibition qu'il édicte à des cas, voisins sans doute de celui qu'il vise, mais pourtant différents. Le grand principe qui doit nous guider, c'est celui de la liberté des conventions posé par l'article 1134 du Code civil.

L'interprétation restrictive en matière d'exception est, d'ailleurs, une règle incontestée. Aussi la jurisprudence, généralement favorable à l'expropriation conventionnelle avant qu'elle ne fût prohibée par un texte formel, continue à valider de nos jours toutes les stipulations qui sont en dehors du texte.

Evidemment il est des conventions qui ne se peuvent défendre : en face d'elles on se trouve dans les termes mêmes de la loi prohibitive. La jurisprudence est unanime pour les condamner. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1857 (1), rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux (2), a jugé que la clause, par laquelle un débiteur autorise son créancier antichrésiste à vendre sans formalités de justice l'immeuble donné en antichrèse, est nulle au point de vue tant de l'article 2088 du Code civil que de l'article 742 du Code de procédure.

Est de même condamnée toute autorisation donnée au créancier de vendre à l'amiable en cas de non-paiement, ou même de choisir parmi les formalités légales et d'écarter celles qui ne lui plairaient pas. Peu importerait d'ailleurs que la vente dût se faire au tribunal : il y aurait nullité par cela seul qu'on aurait suivi pour y parvenir une procédure différente de celle établie par le législateur.

En revanche, la jurisprudence a si bien compris le mal causé par l'exclusivisme trop absolu de l'article 742, que, dans maintes circonstances, elle a limité le plus strictement qu'elle a pu le champ d'application de cet article.

Tout d'abord, elle a validé d'une façon invariable les clauses de voie parée stipulées avant la loi du 2 juin 1841, bien que la vente ait été postérieure à cette loi ; celle-ci,

(1) D. P. 57.1.220.

(2) Arrêt du 30 juillet 1856, D. P. 57.1.249.

pas plus que les autres, ne pouvant avoir d'effet rétroactif, bien qu'on ait soutenu le contraire en invoquant toujours le grand principe d'ordre public (1).

De même, elle a jugé valable la procuration, toujours révocable, donnée par un débiteur à son créancier, de vendre ou de faire vendre à l'amiable par le ministère d'un notaire les biens qui garantissent sa créance, dans le seul but d'éviter les frais de saisie immobilière. On ne saurait voir là une transgression de l'article 742. La clause de voie parée, en effet, constitue un mandat irrévocable conféré par le débiteur au moment où il contracte l'obligation, ce qui pourrait faire penser que son consentement n'a pas été donné en toute liberté. Mais dès l'instant où le mandat est révocable à sa volonté, il est manifeste que s'il ne le révoque pas après l'obligation, et surtout après l'échéance, c'est qu'il le juge conforme à son intérêt (2).

La jurisprudence a été encore plus loin en décidant que ce mandat était valable, même dans le cas où on lui reconnaissait un caractère d'irrévocabilité, s'il était intervenu longtemps après l'acte d'obligation. On ne peut pas, en effet, prétendre alors que le consentement n'a pas été libre, qu'il est infecté d'un vice susceptible d'entraîner la nullité du contrat, soit en vertu de la présomption légale de l'article 742, soit en vertu des principes généraux du droit (3).

(1) Pau, 28 janvier 1842 ; Cass., 13 juillet 1842.

(2) Bordeaux, 29 novembre 1849, D. P. 52.2.2.

(3) Bordeaux, 27 avril 1885, D. P. 86.2.263 ; Poitiers, 24 mai 1897, D. P. 97.2.270 ; Cass. civ., 25 mars 1903, D. P. 04.1.273.

A plus forte raison faut-il reconnaître la validité du mandat donné à un tiers dans les mêmes conditions, c'est-à-dire après l'exigibilité de l'obligation, de vendre à l'amiable l'immeuble hypothéqué. C'est un moyen pour le débiteur d'éviter les frais de saisie immobilière et de se mettre à l'abri des risques des enchères publiques (1).

La nullité ne pourrait être encourue, en vertu de l'article 742 du Code de procédure civile, que si la convention répondait aux conditions exigées par ce texte, ou si le tiers remplissait le rôle d'une personne interposée dissimulant le créancier, bénéficiaire réel de la convention. Il y aurait alors véritablement violation de l'article 742.

Mais le plus souvent les parties ont cherché à voiler la fraude : à vrai dire, elles ont plutôt fait alors un pacte commissaire qu'une convention de voie parée. Au lieu d'autoriser le créancier à vendre en dehors des formes du droit commun, on lui attribue l'immeuble de son débiteur en cas de non-paiement à l'échéance. Or l'article 742 interdit toute convention par laquelle le créancier aurait la faculté de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière. Il semblerait donc qu'à plus forte raison le législateur a voulu prohiber toute stipulation par laquelle, à défaut de paiement, le créancier deviendrait lui-même propriétaire de l'immeuble de son débiteur. Mais la jurisprudence a repoussé cette conclusion.

(1) Orléans, 31 juillet 1883, D. P. 85,2.20.

Ainsi en 1844, la Cour de cassation eut à statuer sur la validité d'une clause par laquelle un débiteur, en hypothéquant un immeuble, consentait à ce que son créancier devînt propriétaire de cet immeuble, à défaut de paiement au terme convenu. La Cour de Montpellier avait annulé cette clause qu'elle trouvait contraire aux articles 2078 et 2088 du Code civil et surtout au nouvel article 742 du Code de procédure ; mais la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Delangle, cassa cet arrêt et ne vit dans la clause ci-dessus « qu'une vente conditionnelle non interdite par les lois » (1).

Ainsi encore, le tribunal de Villefranche a validé une clause qui attribuait à un créancier hypothécaire la propriété de l'immeuble qui lui avait été donné en garantie, moyennant un prix à déterminer par experts. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Montpellier du 21 mars 1855 (2), contre lequel un pourvoi en cassation fut formé. Mais la Cour de cassation a rejeté ce pourvoi et a déclaré la clause valable, l'article 742 relatif à la vente forcée du bien d'un débiteur laissant subsister les règles ordinaires qui régissent le contrat de vente volontaire (3).

Pareillement la Cour de Bordeaux a jugé valable, à titre de promesse de vente, la clause d'un contrat hypothécaire portant que, à défaut de paiement au terme stipulé, l'immeuble affecté au créancier lui resterait acquis, moyen-

(1) Cass., 1<sup>er</sup> juillet 1844, D. P. 44.1.344.

(2) D. P. 56.1.116.

(3) Cass. req., 26 février 1856, D. P. 56.1.116.

nant un prix fixé dans le contrat, 15 jours après un commandement resté infructueux (1).

Or, qui voudrait soutenir que ces clauses offrent les mêmes garanties au débiteur que l'ancienne clause de voie parée ? Il ne faut pas se dissimuler qu'elles sont plus dangereuses, parce qu'elles excluent la mise en demeure, la publicité, la concurrence, les enchères. Elles diffèrent aussi d'une dation en paiement librement consentie avant ou après l'échéance : 1° en ce qu'elles lient les mains du débiteur au moment même où il contracte avec son créancier, et le font ainsi renoncer par avance aux garanties qui résultent de l'accomplissement des formalités légales ; 2° en ce que le prix n'est pas fixé par le débiteur au moment où il contracte avec son créancier, et d'accord avec lui, mais laissé à l'appréciation d'experts.

Est encore certainement permise, à titre de dation en paiement conforme à l'article 1243 du Code civil, l'opération qui consiste pour le débiteur à vendre, avant ou après l'échéance, à son créancier privilégié, hypothécaire ou antichrésiste, l'immeuble sur lequel porte le privilège spécial, l'hypothèque ou l'antichrèse, moyennant un prix à régler par experts convenus ou nommés d'office (2).

Il est également permis au débiteur de vendre à son créancier chirographaire un de ses immeubles. Car les prohibitions de la loi doivent être limitées aux stipulations contemporaines du contrat lui-même et à celles qui, quoi-

(1) Bordeaux, 1<sup>er</sup> février 1859 ; Grenoble, 20 mai 1903, D. P. 04.2.84.

(2) Montpellier, 1<sup>er</sup> mars 1855, D. P. 56.2.219.

que postérieures, ne seraient que la réalisation de conventions arrêtées à cette époque. Elles ne sauraient atteindre les accords intervenus depuis la perfection du contrat, soit avant, soit après l'échéance de la dette. Ici le débiteur ne subit pas la loi de son créancier, on ne peut pas prétendre que son consentement ait été déterminé par un pressant besoin d'argent, ni présumer qu'il n'a pas été libre.

Dans ces conditions, la clause est donc valable, à moins qu'elle ne soit entachée d'un vice et que la nullité ne puisse en être prononcée par application des règles du droit commun.

Le 13 juillet 1891, la Cour de cassation a fait encore une fois l'application du principe que les nullités sont de droit étroit, en déclarant inapplicables aux conventions hypothécaires les dispositions de l'article 2088 du Code civil, qui régissent exclusivement le contrat d'antichrèse (1).

D'un autre côté, la Cour de Bordeaux a cru voir la clause de voie parée dans une espèce où il n'y avait rien de semblable. Il s'agissait d'une vente à réméré, évidemment plus que soupçonnable. D'après la convention, le vendeur apparent devait rester en possession de l'immeuble et payer une indemnité égale à l'intérêt de la somme qui lui avait été comptée pour prix de vente. Le tribunal de première instance de Ruffec avait déjà annulé la prétendue

(1) Cass. civ., 13 juillet 1891, D. P. 93.1. 227.

vente par jugement du 14 octobre 1850, et la Cour de Bordeaux confirma purement et simplement la décision des premiers juges, en faisant ici application de l'article 742 du Code de procédure (1). C'est à tort certainement, car les parties n'avaient point eu en vue une aliénation éventuelle faite à la requête du créancier ; il y avait pacte commissoire et rien de plus.

S'inspirant aussi de raisons d'utilité pratique et tirant parti de ce que les formes à observer dans les ventes judiciaires d'immeubles rentrent dans le statut réel, la jurisprudence des consuls de France a maintenu la pleine validité de la clause de voie parée dans les conventions intéressant ses justiciables à l'égard d'immeubles situés en pays étrangers. Les ventes aux enchères publiques en exécution de cette clause sont valablement faites en la chancellerie du consulat, lorsqu'elles ont eu lieu en vertu d'une convention formelle intervenue entre les parties pour le cas de non-paiement des sommes empruntées. Leur légalité a été reconnue non seulement par la Cour d'Aix, qui possède la connaissance spéciale des appels des sentences consulaires d'Egypte et des Echelles du Levant, mais encore par un arrêt rendu le 16 décembre 1873 par la chambre civile de la Cour de cassation, sur ce motif « que la disposition de l'article 742 du Code de procédure ne peut s'appliquer qu'aux immeubles situés en France et ne peut être étendue aux immeubles situés en pays étrangers et soumis pour leur

(1) Arrêt du 28 juillet 1857.

transmission à des règles différentes, et que c'est le cas d'appliquer la règle : *locus regis actum* » (1).

Mais la tendance actuelle de la jurisprudence s'est surtout manifestée dans la préférence qu'elle accorde aux ventes volontaires sur les ventes forcées.

Depuis que les Cours d'appel ont établi d'une façon invariable le principe que l'intérêt seul des débiteurs doit déterminer le choix des tribunaux, dans la question de savoir si une vente judiciaire doit être retenue à la barre ou renvoyée devant un notaire commis, l'habitude se répand de plus en plus de convertir les ventes judiciaires en ventes volontaires, conformément à l'article 743 du Code de procédure.

Ce n'est pas du reste sans raison. Les ventes volontaires se font, ainsi que je l'ai déjà démontré plus haut, à de meilleures conditions, que les ventes faites en justice d'après les règles du Code. Jamais n'a été plus vraie que de nos jours cette parole d'un magistrat célèbre, M. Troplong : « Il n'y a pas de plus mauvaises ventes que celles qui se font par autorité de justice. »

Citons encore à l'appui de cette affirmation deux exemples de ces résultats désastreux :

1<sup>o</sup> Le 17 décembre 1886, adjudication au tribunal de Cholet de biens de faillite, sept lots de maison, terres, prés, vignes et jardins pour. . . . . 22.160 fr.

Revente devant le notaire de Montjean, (à 38 kilomètres

(1) D. P. 74.1.151.

du chef-lieu) en trois opérations, les 16 et 17 22.160 fr.  
octobre et 2 novembre 1887, moyennant des  
prix s'élevant ensemble à . . . . 41.632 fr.

|                                   |                   |
|-----------------------------------|-------------------|
| Reste un lot dont le propriétaire | 43.472 fr.        |
| a refusé. . . . .                 | 2.000 fr.         |
| Différence en plus. . . . .       | <u>21.472 fr.</u> |

Soit presque le double.

2° Le 19 décembre 1889, adjudication au tribunal  
d'Uzès moyennant un prix de 2.715 francs. — Frais en  
sus . . . . . 667 fr.

|                                                                                                                                                                       |                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| Le 20 décembre 1898, vente renvoyée par ce<br>même tribunal devant M <sup>e</sup> Auzepic, notaire. —<br>Prix d'adjudication 2.800 francs. — Frais en<br>sus. . . . . | 267 fr. 20        |
| Différence en moins sur les frais : . . . .                                                                                                                           | <u>399 fr. 80</u> |

Soit pour une vente d'à peu près égale valeur, une dif-  
férence de près des deux tiers en moins.

Donc, tant pour le prix de vente que pour les frais,  
l'infériorité de la vente en justice saute aux yeux.

D'ailleurs la clause de voie parée, que le législateur  
refuse aux particuliers, a été autorisée par lui en faveur  
du Crédit foncier. Lors de l'enquête sur le Crédit foncier,  
tous les hommes compétents ont indiqué comme un des  
plus puissants moyens de crédit, comme le plus urgent de  
tous ces moyens, la simplification des procédures, des  
expropriations et des ordres, c'est-à-dire le rétablissement  
de la clause de voie parée. Tous ont été unanimes à cet  
égard. Aussi le gouvernement s'est-il emparé pour son

compte de cette clause, qu'on disait si contraire aux règles de la morale et de la justice. Elle est le fondement principal de la loi du 28 mars 1852 sur le Crédit foncier.

L'a-t-on au moins un peu adoucie, un peu tempérée dans le sens réclamé par ses anciens détracteurs ? C'est précisément tout le contraire. Elle est beaucoup plus sommaire, plus rapide, plus rigoureuse :

Quinze jours après une mise en demeure ou un commandement, la société peut à son choix faire séquestrer l'immeuble, jouir de ses revenus, ou le faire vendre (art. 33).

Le défaut de paiement à l'échéance d'une seule annuité suffit non seulement pour autoriser ces mesures, mais encore pour rendre exigible le capital entier (art. 32).

La détérioration de l'immeuble hypothéqué produit les mêmes effets (art. 32).

La suite de la procédure est assortie à ces conditions premières. Elle est tellement expéditive, malgré les affiches et les publications, que 15 jours après ces formalités l'adjudication a lieu (art. 33).

S'il s'élève des incidents, le tribunal statue en dernier ressort, sans que l'adjudication puisse être retardée. Elle ne peut jamais être remise que du consentement de la société (art. 36).

Les tribunaux ne peuvent sous aucun prétexte surseoir aux poursuites ; les articles 1244 du Code civil et 703 du Code de procédure sont ici sans effet.

Qu'on veuille bien suivre la série des dispositions de

cette loi et l'on verra qu'elle n'a pas seulement rétabli, au profit du Crédit foncier, la convention prohibée par l'article 742, mais qu'elle l'a modifiée, de manière à la rendre plus dure et plus promptement exécutoire. Et à notre sens elle a eu raison ; elle pose loyalement les conditions du prêt : libre au public de les accepter ou de les refuser. Mais s'il les accepte, il doit les remplir.

Voyons maintenant comment les adversaires si intolérants de la clause de voie parée se sont accommodés de cette loi ? Qu'en ont-ils dit ?

Ils l'ont complètement approuvée. Mais d'après eux, cet établissement du Crédit foncier, autorisé et surveillé par le gouvernement, offrirait une responsabilité morale et pécuniaire de nature à faire disparaître la plupart des inconvénients signalés.

La responsabilité pécuniaire ! Que signifie ce mot, quand il s'applique au prêteur qui livre son argent ? C'est de la responsabilité pécuniaire de l'emprunteur qu'on s'est toujours préoccupé et à juste titre. Demandez au Crédit foncier lui-même : il ne prête que sur première hypothèque et jusqu'à concurrence seulement de la moitié de la valeur du gage.

La responsabilité morale ! Cela veut dire sans doute que le Crédit foncier n'abusera pas des conditions qu'il impose à ses débiteurs, qu'il leur donnera des facilités, qu'il sera pour eux doux et patient ? Mais il ne le peut pas, quand même il le voudrait ! Ses statuts sont sa loi : il faut qu'elle s'accomplisse ! S'il se mettait à faire de la commi-

sération, ou seulement s'il patientait, son but serait manqué : il périrait inévitablement, il aurait déjà péri.

Il y a plus à espérer, sous ce rapport, d'un simple particulier ; il est plus accessible à des considérations personnelles, par cela seul qu'il peut les accueillir sans se voir contrôlé. Il n'a pas de statuts qui l'enchaînent, de comptes à rendre à des actionnaires, de responsabilités quelconques envers des tiers.

Veut-on dire que la voie parée, très morale pour le gouvernement, ne l'est point pour les particuliers ? Mais il n'y a pas deux morales ; et si cela était, ce serait au gouvernement à donner l'exemple de la plus rigide et de la plus loyale.

Il n'a pas manqué à ce devoir, du reste, en édictant le décret du 28 février 1852. Il est venu au secours de la propriété foncière en souffrance, et, assurément, il n'a pas trop exigé d'elle en lui demandant en retour la loyauté et l'exactitude dans l'accomplissement des conditions réciproques et librement consenties. Celui qui prête son argent a bien le droit de s'assurer qu'il lui sera rendu.

Mais ce qui est regrettable, c'est que les progrès introduits dans l'intérêt de l'emprunteur, aussi bien que dans celui du prêteur, n'aient pas été étendus à tous les cas d'expropriation. Le moment est venu d'appeler l'attention du législateur sur ce point et de lui demander l'exécution de la promesse contenue dans l'exposé des motifs du décret du 28 février 1852 :

« Le décret du 28 de ce mois, est-il dit dans ce docu-

ment, introduisant des innovations profondes dans le système hypothécaire et dans les formalités de l'expropriation forcée, en restreint l'application aux actes faits par les sociétés de Crédit foncier et laisse conséquemment subsister, quant au droit commun, toutes les dispositions de nos Codes ; de telle sorte que, si la pratique prouve que le nouveau système peut fonctionner sans de graves inconvénients, *on pourra l'étendre plus tard à toute la législation.* »

Après plus de 50 années d'expérience de ce système, il n'y a aucun abus à regretter, pas un seul inconvénient à constater. Rien ne s'oppose donc à l'application d'une mesure qui aurait pour résultat certain de rendre plus faciles et moins onéreux les emprunts hypothécaires.

Il est d'ailleurs à remarquer que la clause de voie parée, quoique toujours interdite en France, a été autorisée dans nos colonies. En effet, le *Journal officiel* du 23 juillet 1897 a promulgué un décret du Président Faure, signé du ministre des colonies, M. Lebon, qui admet à Madagascar l'emploi de la voie parée.

« Art. 172. — Les parties pourront convenir dans l'acte d'emprunt, ou dans tous les autres actes postérieurs, à condition qu'ils soient mentionnés sur le registre du conservateur, que, faute de paiement à l'échéance, le créancier pourra faire vendre l'immeuble hypothéqué par devant un notaire du lieu où les biens sont situés. »

« Art. 173. — Dans ce cas, la vente ne pourra avoir lieu qu'aux enchères publiques, devant un notaire désigné sur

simple requête par le président du tribunal de première instance, ou le juge de paix à compétence étendue, après les formalités prescrites par l'article 171, §§ 2, 3 et 4 ci-dessus. »

Ainsi l'idée de la voie parée est rentrée dans la législation française par l'intermédiaire des décrets coloniaux. Il reste à lui faire faire un pas de plus et à lui laisser reprendre sa place dans le Code continental.

En tous cas, les tendances de la jurisprudence actuelle sont un sérieux acheminement vers le rétablissement de la clause de voie parée (1). N'est-ce pas la meilleure preuve que celle-ci répond à une réelle utilité pratique ?

(1) Garsonnet et César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 4, p. 83 (2<sup>e</sup> édition).



## TROISIÈME PARTIE

### DROIT COMPARÉ ET PROJETS DE RÉFORME

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### DROIT COMPARÉ.

En parcourant les lois de procédure des pays étrangers, on remarque que ces pays, qui ne sont pas moins soucieux que le nôtre du respect dû à la propriété, sans reconnaître formellement, pour la plupart, la validité de la clause de voie parée dans leur législation, ont tout au moins admis des dispositions qui ont pour objet de faire rentrer promptement et sûrement le créancier dans la propriété de la somme prêtée.

Il importe de remarquer que deux pays voisins de la France, la Belgique et la Hollande, chez lesquels le cours des événements avait implanté nos lois et particulièrement notre Code de procédure, se sont efforcés de les améliorer, aussitôt qu'ils ont été séparés de notre patrie, en permettant l'usage de la clause de voie parée.

§ 1<sup>er</sup>. — Pays qui admettent expressément la clause  
de voie parée.

I. *Hollande*. — En 1840, fut voté l'article 1223 du Code civil des Pays-Bas, qui autorise la clause de voie parée, mais seulement au profit du créancier hypothécaire premier inscrit. En outre, la stipulation doit être transcrite et la vente publique. Voici les termes mêmes de cet article :

« Est nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le bien hypothéqué. Néanmoins, il est permis au créancier hypothécaire premier inscrit de stipuler expressément dans l'acte de constitution d'hypothèque, qu'à défaut de paiement exact du capital ou des intérêts échus, il sera irrévocablement autorisé à faire vendre publiquement la parcelle hypothéquée pour se faire payer sur le prix en capital, intérêts et frais ; cette stipulation sera transcrite sur les registres publics et la vente publique aura lieu de la manière prescrite par l'article 1255 ; la présence du juge de canton n'est pas exigée. »

Si l'on se reporte à l'article 1255, on voit que les conditions imposées pour la vente sont la présence d'un officier public et l'observation des usages locaux :

« La vente sera publique suivant les usages locaux et à la condition que les créanciers inscrits aient été avertis, trente jours au moins avant l'adjudication, par exploit signifié au domicile élu par eux lors de l'inscription. »

II. *Belgique*. — La saisie immobilière y est actuellement régie par la loi du 15 août 1854.

Après avoir hésité sur le point de savoir si l'on rétablirait la clause de voie parée, soit avec limitation de valeur, soit sans limitation, la commission du Sénat fit disparaître ces limites, et cette solution plus libérale, ralliant tous les suffrages, devint la loi de 1854.

Les Belges jugèrent qu'en définitive le système de voie parée, avec mise en adjudication par un notaire commis judiciairement et avec la possibilité de la remise en adjudication sur surenchère devant le tribunal, se réduisait à vendre les immeubles hypothéqués dans la forme des ventes publiques et avec des garanties sauvegardant tous les intérêts.

En conséquence, la loi du 15 août 1854, tout en abrogeant les articles 718 à 745 de notre Code de procédure, ne se contenta pas d'apporter des retouches à la procédure de saisie immobilière ; elle édicta en outre l'article 90 ainsi conçu :

« Il est permis de stipuler dans les conventions que, à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier privilégié ou hypothécaire aura le droit de faire vendre son gage dans la forme des ventes volontaires, s'il est le premier inscrit et si la stipulation de voie parée a été rendue publique par l'inscription. La vente aura lieu aux enchères, devant un notaire nommé sur requête par le président du tribunal du lieu de la situation. Elle sera toujours précédée d'un commandement de payer la somme due dans le délai de trente jours. Si le créancier laisse écouler plus de six mois entre le commandement et la

vente, il sera tenu de faire signifier un nouveau commandement. »

Il faut remarquer tout d'abord que seul le créancier premier inscrit a le droit d'user de la clause de voie parée. Mais les dangers qui peuvent naître d'une pareille faveur sont corrigés par la nécessité de faire inscrire cette clause dérogatoire au droit commun ; les tiers pourront ainsi savoir qu'ils ne doivent plus compter sur les formalités protectrices de la saisie immobilière. Le plus grand danger qu'ils courent, la vente à vil prix du bien sur lequel ils ont des droits, est d'ailleurs très atténué par la nécessité où se trouve le créancier poursuivant de faire vendre aux enchères. Enfin si l'on considère que, dans le système belge, le notaire chargé de la vente n'est pas choisi par le créancier saisissant, mais qu'il est nommé par le président du tribunal, on est obligé de reconnaître que l'adjudication sera conduite avec impartialité. D'ailleurs, le créancier premier inscrit peut ne pas profiter de cette faculté.

La clause de voie parée, en Belgique, est possible dans toute espèce de convention constitutive d'un privilège immobilier ou d'une hypothèque. Elle peut l'être dans l'acte constitutif d'une hypothèque conventionnelle (1) ; elle peut l'être encore, non seulement dans l'acte d'emprunt, mais aussi dans la convention subséquente par laquelle le débiteur consent une hypothèque comme garantie de l'emprunt.

(1) Cassation belge, 3 juin 1870

Mais elle ne peut faire l'objet d'une convention spéciale, qui n'interviendrait qu'après l'inscription du privilège ou de l'hypothèque. En effet, le texte de l'article 90 ne dit pas : « Il est permis de stipuler qu'à défaut d'exécution des engagements..... », mais bien : « Il est permis de stipuler dans la convention..... », indiquant ainsi que la clause de voie parée n'est valable qu'insérée dans une convention ayant un autre objet et dont elle ne constitue qu'un accessoire.

Au profit de quels créanciers peut-elle être stipulée ?

1° D'après l'article 90, la voie parée peut être accordée au créancier privilégié ou hypothécaire ;

2° Il résulte des termes mêmes de la loi qu'un créancier chirographaire ne peut obtenir à son profit le bénéfice de cette clause ;

3° Cette stipulation ne peut avoir d'efficacité qu'autant que le gage est immobilier. L'article 2078 du Code civil déclare nulle toute clause qui autoriserait le créancier à disposer du gage sans les formalités de justice. Le créancier privilégié sur les meubles se trouve donc dans les mêmes conditions que le créancier chirographaire ; il ne peut utiliser la clause de voie parée.

En résumé, cette clause ne peut donc être stipulée qu'au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur un immeuble, et seulement pour l'immeuble sur lequel ils ont privilège ou hypothèque.

Encore faut-il que ces créanciers privilégiés ou hypothécaires soient premiers inscrits au moment où se fait

la vente sans les formalités judiciaires, et non au moment où est stipulée la faculté de vendre ainsi. Cette déduction découle clairement des termes de l'article 90 précité.

Enfin, ce même article requiert une dernière condition : la stipulation de voie parée doit avoir été rendue publique par l'inscription. Cette condition a pour but d'avertir de cette circonstance les autres créanciers, avant qu'ils n'accordent moyennant hypothèque le crédit qu'on leur demande.

L'article 91 de la loi de 1854 ajoute encore aux précautions déjà prises par le législateur belge contre la mauvaise foi, l'inexpérience ou la faiblesse des parties. Il édicte une procédure d'expropriation simplifiée, mais obligatoire; il veille aux intérêts du débiteur et des créanciers inscrits; il prévoit le cas où une action résolutoire est possible et règle les conditions d'exercice de cette action. Voici ses dispositions :

« Le cahier des charges dressé par le notaire indique le jour de la vente et contient délégation du prix au profit des créanciers inscrits. Ces créanciers, ceux qui ont fait transcrire leur commandement, et le débiteur sont sommés, quinzaine avant la vente, de prendre communication du cahier des charges et d'assister à l'adjudication, si bon leur semble. S'il y a contestation, le notaire sursoit à toutes opérations et renvoie les parties en référé devant le président du tribunal, qui prononce sans opposition ni appel et qui, le cas échéant, fixe un nouveau délai pour la vente. Le créancier, sommé en vertu du paragraphe pré-

cédent, et ayant à la fois le privilège et l'action résolutoire, est tenu d'exercer celle-ci avant le jour de l'adjudication, sous peine de ne pouvoir réclamer que son privilège. En cas d'exercice de l'action résolutoire, on observe les formalités des articles 34 et suivants. »

Et l'article 92 ajoute :

« L'adjudication est signifiée au débiteur qui doit, à peine de déchéance, intenter dans la quinzaine l'action en nullité. »

Voilà comment le législateur belge s'est efforcé de concilier le respect de la volonté des parties avec la protection qu'il devait au débiteur et aux tiers. Il a pris un moyen terme et créé une procédure simplifiée d'expropriation.

III. *Grande-Bretagne*. — La sûreté réelle qui, chez les Anglais, correspond à notre hypothèque, porte le nom de mort-gage. Le débiteur transfère à son créancier la possession légale de l'immeuble qu'il donne en garantie ; et il est convenu qu'à une époque déterminée, cette possession sera restituée, si la dette a été acquittée. Au cas de non-paiement à l'échéance, le créancier peut, le délai de six mois expiré, devenir propriétaire irrévocable de l'immeuble affecté à sa garantie ; on dit alors qu'il y a foreclusion. Mais afin que l'emprunteur ou mort-gageant ne soit point dépouillé d'un immeuble important, en suite d'un prêt de bien moindre valeur, les Cours d'équité sont autorisées à interposer leur autorité. Si le mort-gageant offre le paiement réel de sa dette en principal, intérêts et frais, et s'il fait assigner le mort-gagiste devant l'une de ces Cours pour

obtenir la restitution de son immeuble, il peut être fait droit à sa demande.

On insère très souvent dans le contrat de mort-gage une clause qui confère au créancier le droit de vendre le bien mort-gagé, pour se payer sur le prix en cas de non-paiement à l'échéance. C'est bien l'équivalent de notre clause de voie parée. Jusqu'à la loi du 22 août 1881, cette convention devait être formellement exprimée ; mais aujourd'hui, depuis cette loi, elle est sous-entendue. Le créancier a de plein droit la faculté de vendre s'il n'est pas payé à l'échéance. Toutefois, cette faculté est subordonnée à la condition que l'hypothèque ait été consentie par contrat solennel.

C'est ce qui résulte de l'article 19, § 1, de la loi du 22 août 1881, applicable à l'Angleterre et à l'Irlande :

« Un créancier hypothécaire, quand l'hypothèque a été consentie par acte solennel, aura les pouvoirs suivants, comme s'ils lui avaient été conférés par l'acte : le pouvoir, quand le paiement devient exigible, de vendre le fonds hypothéqué en tout ou en partie, soumis ou non soumis à des charges antérieures, par enchères publiques ou à l'amiable ; de modifier le contrat de vente, de racheter aux enchères et de résilier le contrat et revendre sans être responsable des pertes qui en résulteraient. »

Il est impossible, quand on lit ces dispositions, de n'être pas frappé de l'étendue des droits qu'elles confèrent. Aucune limite n'est apportée aux pouvoirs du créancier. Il faut, mais il suffit, que l'hypothèque ait été consentie par

acte solennel. Evidemment, c'est là une protection pour le débiteur, et peut-être même jusqu'à un certain point pour les tiers ; mais cette faible garantie peut-elle compenser, pour tous ces intéressés, la perte de la garantie la plus sérieuse en matière d'expropriation forcée, la vente aux enchères ?

Ce n'est pas tout ; la loi de 1881, qui a déjà donné tant de facilités au créancier, lui permet de s'en faire accorder par convention de plus grandes encore. Le paragraphe 2 de l'article 19 dit en effet : « Ces dispositions peuvent être modifiées ou étendues par l'acte d'hypothèque et, ainsi modifiées ou étendues, elles auront autant que possible les mêmes effets que si elles avaient été comprises dans cette loi. »

Il est vrai qu'en revanche le paragraphe 3 permet aux parties d'écarter l'application du paragraphe 1<sup>er</sup> et de s'en tenir au droit commun en matière de saisie immobilière ; mais il faut alors que leur volonté ait été manifestée d'une façon expresse : « Cet article ne s'applique qu'autant qu'il n'y a pas de stipulations contraires dans l'acte d'hypothèque. »

Restent à déterminer les circonstances qui donneront ouverture aux droits exorbitants dont nous venons de parler. Il faut remarquer ici que le seul défaut de paiement à l'échéance ne suffit pas. Non seulement le débiteur doit être mis en demeure et ne peut se voir refuser un nouveau délai, mais il faut encore notamment, et c'est peut-être là une nécessité qui restreint singulièrement le domaine

d'application de la loi, il faut que le débiteur soit en faute, qu'il ait violé une disposition, soit de l'acte d'hypothèque, soit de la loi elle-même.

Tout cela résulte de l'article 20, ainsi conçu :

« Un créancier n'exercera le pouvoir de vendre conféré par cette loi qu'autant que : 1° notification d'avoir à payer la dette hypothécaire aura été faite au débiteur hypothécaire, ou à l'un d'eux s'il y en a plusieurs, et à défaut de paiement en tout ou en partie dans le délai de trois mois après cette notification ; 2° que les arrérages de la créance hypothécaire seront dus depuis deux mois ; 3° qu'il y aura eu infraction à quelque disposition énoncée dans l'acte d'hypothèque ou dans cette loi, autre que celle relative au paiement de la créance hypothécaire ou des arrérages de ladite créance. »

Quoi qu'il en soit, et malgré les quelques restrictions que nous avons signalées (nécessité d'un acte solennel ou d'une faute véritable commise par le débiteur), on peut dire qu'en principe la loi du 22 août 1881 établit, en matière de conventions sur l'expropriation forcée, le régime de la liberté absolue.

L'article 21 de la même loi attribue à la vente faite par le créancier, quand l'adjudication aux enchères a été écartée, des effets qui peuvent paraître étranges. La vente, même amiable, purge les charges et droits que primait l'hypothèque du créancier vendeur ; s'il y a eu des irrégularités commises, notamment si le créancier n'a pas fait une notification préalable au débiteur, les droits de l'a-

cheteur sont néanmoins inattaquables : les personnes lésées pourront seulement agir en dommages-intérêts contre celui qui a exercé le droit de vente.

En Ecosse, la loi permet au prêteur d'exiger de l'emprunteur une procuration irrévocable l'autorisant à vendre la propriété, à quelque prix que ce soit, en cas de non-paiement de la dette à l'échéance convenue. Cette combinaison ressemble à la voie parée, moins les garanties que celle-ci assure au débiteur ; il paraît qu'elle est d'un usage constant en Ecosse et que, si l'emprunteur ne rembourse pas ponctuellement, le prêteur n'hésite pas à vendre le gage. Et cette rapidité d'expropriation, pratiquée également par les banques, a augmenté singulièrement la sécurité de ces établissements. C'est grâce à elle qu'ils sont devenus prospères et qu'ils peuvent assurer aujourd'hui à tout un pays les bienfaits du crédit sur une si grande échelle.

IV. *Russie* (Provinces Baltiques). — Les parties contractantes y ont toute liberté de fixer, dans l'acte d'hypothèque, le mode de réalisation de l'immeuble affecté, pour le cas où le débiteur n'acquitterait pas sa dette à l'échéance. Elles peuvent même convenir d'une vente amiable : l'article 1443 du Code baltique leur en donne l'autorisation.

§ 2. — Pays qui repoussent la clause de voie parée.

I. *Allemagne*. — Le Code de procédure civile du 30 janvier 1877 avait, dans ses articles 708 et suivants, donné les règles à suivre pour l'exécution forcée sur les

biens meubles, mais ne contenait pas de règles pour la saisie immobilière. L'article 757 se bornait à dire que la saisie immobilière était régie par les lois des différents Etats de la Confédération.

A ce moment, la loi prussienne en vigueur était une loi du 15 mars 1869. Mais cette loi était devenue insuffisante : elle n'était pas en harmonie avec la loi du 5 mars 1872 sur l'acquisition de la propriété, pas plus qu'avec les nouvelles lois de justice. Le 4 mars 1879 fut édictée une loi sur la saisie immobilière ; mais, malgré son titre, cette loi n'eut pas le caractère d'une refonte générale ni d'un remaniement de la matière. Enfin, une loi d'ensemble sur la saisie immobilière fut promulguée le 13 juillet 1883.

La mesure la plus curieuse de cette loi était que la vente aux enchères ne constituait pas le seul moyen de réaliser la saisie. On pouvait aussi opérer par voie d'une inscription au Livre foncier ou par l'administration forcée. Grâce à ces procédés, on évitait de recourir au moyen extrême de la vente aux enchères ; et le créancier, suffisamment garanti, laissait le débiteur en possession de ses biens.

Mais dans le cas où le créancier voulait procéder à la vente aux enchères, il devait avoir recours au tribunal du bailliage, qui ordonnait l'adjudication. Celle-ci avait lieu devant le tribunal et l'acquéreur ne pouvait réclamer la délivrance de l'immeuble qu'après règlement du prix d'achat. Cette délivrance s'effectuait sur les lieux par un membre du tribunal. Une pareille procédure entraînait forcément beaucoup de frais et de lenteurs.

Enfin, le 18 août 1896, fut promulgué le nouveau Code civil allemand, dont les dispositions sont exécutoires depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1900. Entre autres mérites, ce Code a celui de rendre communes à tout l'Empire les nouvelles règles de droit civil qu'il édicte. De nombreuses exceptions ont été apportées, il est vrai, à ce principe, soit par le Code lui-même, soit par la loi d'introduction qui l'accompagne, mais, au point de vue qui nous occupe, l'unification a été faite. La disposition que nous allons citer, et qui forme l'article 1149, s'impose donc à tous les Etats de l'Empire :

« Le propriétaire ne peut, tant que la créance n'est pas échue à son égard, accorder au créancier le droit de demander, dans le but d'obtenir paiement, la transmission de la propriété du fonds ou son aliénation par une autre voie que celle de l'exécution forcée. »

On remarquera que ce texte se montre plus sévère que l'article 742 du Code de procédure français. Tandis qu'il est admis chez nous que la clause de voie parée est valable, pourvu qu'elle n'ait pas été convenue en même temps que l'emprunt, le nouveau Code allemand prohibe une pareille stipulation tant que la créance n'est pas échue. C'est peut-être aller un peu loin ; car s'il y a de bonnes raisons de croire que l'emprunteur n'est pas vraiment libre au moment du prêt, il n'en est plus de même quand il s'est procuré la somme qui lui était nécessaire ; peu importe, croyons-nous, que l'échéance soit ou non arrivée. On dira peut-être que jusqu'au dernier moment, jus-

qu'à la fin du terme, le débiteur se laisse illusionner et pense qu'il pourra s'acquitter. Mais alors n'est-il pas vraisemblable que n'ayant plus, pour souscrire aux volontés de son créancier, les raisons qui lui avaient fait ménager son prêteur, le débiteur ne voudra pas régler la procédure d'une saisie qui lui paraît improbable? La rigueur du Code civil allemand nous semble donc inutile dans la majorité des cas.

II. *Autriche* — Le Reichsrath a voté, en 1895, les lois judiciaires qui étaient en préparation depuis 1876. Le gouvernement avait déposé en 1893 divers projets de loi très importants, relatifs à la procédure judiciaire, à celles d'exécution et de saisie conservatoire, à l'exercice de la juridiction et à la compétence de la juridiction ordinaire dans les affaires civiles.

De plus, on s'était occupé de préparer une loi concernant l'exécution et la procédure de garantie (*Executions und Licherungsverfahren*). Cette loi a été promulguée le 27 mai 1896, un an après le vote des quatre premières lois judiciaires. Toute cette législation est conçue dans le même esprit que celle de l'Allemagne. Donc, pas de voie parée en principe.

Nous n'analyserons pas le titre 1<sup>er</sup> de la deuxième section de la loi du 27 mai 1896, qui traite de l'exécution spéciale sur les immeubles et dont les dispositions sont à peu près semblables à celles du Code allemand que nous avons examiné plus haut.

III. *Suisse*. — La divergence, déjà si grande entre les

diverses législations cantonales en ce qui concerne le régime hypothécaire, s'accroît encore lorsqu'on en arrive à la réalisation du gage. Nous ne saurions faire, même approximativement, un tableau exact et complet des divers modes de réalisation en vigueur dans les divers cantons de la Suisse. Nous nous bornerons à quelques courtes indications sur les questions qui touchent au fond même du droit, en laissant de côté celles qui sont de pure forme : les questions de sommations, de délais et autres, qui se rattachent surtout à la constatation de l'insolvabilité du débiteur.

La première question à examiner est celle de savoir si l'exécution peut avoir lieu isolément, ou si elle présuppose nécessairement la mise en faillite du débiteur, une mainmise sur l'ensemble de son patrimoine.

Presque tous les cantons admettent la réalisation du droit d'hypothèque par voie d'exécution spéciale, soit en ce sens que le créancier est tenu de recourir à la procédure particulière prescrite en pareille matière, comme c'est le cas dans la Suisse romande, soit en ce sens qu'il a le choix de poursuivre d'abord sa créance contre le débiteur personnellement jusqu'à la mise en faillite de ce dernier, et de ne faire valoir son hypothèque qu'une fois la faillite déclarée. Il va sans dire qu'en cas de faillite la réalisation des droits hypothécaires s'effectue toujours, alors même que l'initiative des poursuites a été prise par d'autres que les créanciers hypothécaires.

Les cantons qui exigent la mise en faillite comme uni-

que moyen de liquidation sont assez peu nombreux : Zurich, Schaffouse, Lucerne, Unterwald, Zoug ; sauf, dans ces deux derniers, le cas où il ne s'agit de réclamer que des intérêts en souffrance.

Schwytz et Uri ont, sous le nom de *Feilrufverfahren*, une procédure particulière qui n'entraîne pas la faillite du débiteur ; sa fortune immobilière est seule réalisée au profit des créanciers hypothécaires et s'il reste un excédent, c'est à lui qu'il est remis.

Une seconde question se rapporte à la manière dont le créancier se trouve effectivement désintéressé, lorsqu'il a dû faire valoir son droit réel. On sait que l'aliénation du gage, qui transforme le droit réel du créancier en un droit sur le prix de l'immeuble aliéné, n'est pas partout en Suisse le but final de l'exécution. Dans la plupart des cantons, le créancier jouit, sous des noms divers, selon les localités, sous des conditions et avec des nuances variées, d'un droit de prise de possession sur la chose elle-même. Ce n'est pas seulement la valeur de la chose, c'est, suivant la théorie antique, la chose elle-même qui le garantit et sur laquelle il peut se payer.

A Schwytz, Nidwalden, Engelberg et Glaris, le débiteur a encore le droit assez singulier de s'affranchir de la dette, même avant toute poursuite, en abandonnant au créancier l'immeuble hypothéqué. Un semblable droit ne se comprend naturellement que sous l'empire du principe d'après lequel la dette repose exclusivement sur l'immeuble et nullement sur le détenteur actuel. Au reste, l'exercice en

est subordonné à la condition que le débiteur n'ait pas détérioré le gage par sa faute ni laissé s'accumuler les intérêts échus.

Le système de la vente aux enchères publiques de l'immeuble grevé a pénétré presque partout en Suisse où le créancier jouit d'un droit de revestiture ou *zugrecht*. A notre connaissance, le canton de Zoug est aujourd'hui le seul qui n'admette pas la vente du gage comme moyen d'exécution.

Dans les cantons primitifs (1), il est de règle que la valeur du gage soit tout d'abord déterminée par des enchères publiques et réalisée par voie d'adjudication au plus offrant, lorsque le prix offert dépasse le montant des dettes inscrites sur l'immeuble. Ce n'est que si le prix reste inférieur que le créancier dernier en rang, puis après lui les autres en remontant, peuvent se faire adjuger l'immeuble par préférence, à charge de désintéresser les créanciers qui les priment.

Là où le droit d'hypothèque se réalise par un mandat d'exécution spécial, l'intérêt du débiteur et de ses créanciers chirographaires exige qu'on essaie d'obtenir de l'immeuble grevé le prix le plus élevé possible. Dans certains cantons, par exemple à Glaris, à Soleure et en Thurgovie, on pourvoit à l'intérêt tout au moins des créanciers chirographaires en leur permettant d'opérer le retrait de l'immeuble vendu à la requête d'un créancier hypothé-

(1) Schwytz, Uri, Unterwald, Saint-Gall, Schaffouse, Soleure et Thurgovie.

caire, sous la condition tantôt de désintéresser tous les créanciers inscrits sur ledit immeuble, tantôt de faire une surenchère.

Dans les Grisons, la vente aux enchères n'a lieu qu'à la requête du débiteur ou de la totalité des créanciers. A défaut, l'un des créanciers hypothécaires est investi de l'immeuble moyennant un prix fixé par des experts : l'excédent de ce prix sur les créances inscrites tombe dans la masse. De même, en Valais, lorsque l'enchère n'atteint pas un prix déterminé d'avance, l'immeuble est attribué au créancier poursuivant à charge de verser le surplus, jusqu'à concurrence de 70 0/0 du prix d'estimation, entre les mains du créancier subséquent ou, à défaut, du débiteur. Dans le Tessin, si l'enchère n'aboutit pas, l'immeuble est également adjugé aux créanciers moyennant un prix fixé par experts.

Dans quelques cantons de la Suisse romande, la question se pose différemment. Dans les pays de Vaud et Fribourg, sauf de nombreuses particularités de détail, le droit de revestiture découle d'une saisie, en ce sens que le créancier poursuivant est mis, au bout d'un certain délai, en possession de l'immeuble, sans aucune forme de procès et sous la seule condition de payer les créanciers antérieurs en rang. Mais, de leur côté, les créanciers postérieurs et le débiteur jouissent de longs délais pour opérer le retrait ou la réemption de l'immeuble demeuré entre les mains du ou des premiers créanciers qui en avaient obtenu la revestiture. Cette procédure de la saisie par voie de prise de

gage, est la procédure ordinaire. Il n'y a lieu à subhastation que dans des cas spéciaux, sur la demande de créanciers non hypothécaires mais nantis d'un titre exécutoire, et à condition qu'une certaine valeur estimative soit atteinte.

A Neufchatel enfin, la vente aux enchères publiques occupe le premier rang. Ce n'est qu'après plusieurs essais infructueux, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible d'obtenir de l'immeuble un prix égal ou supérieur à la mise à prix fixée par le juge, que le créancier poursuivant peut demander à être colloqué en nature ; la valeur estimative de l'immeuble est alors partagée entre tous les ayants droit, au prorata du montant de leurs créances.

Tous les systèmes sont donc représentés : envoi en possession du créancier dernier en rang, moyennant paiement de tous ceux qui le priment ; envoi en possession du créancier antérieur, moyennant le droit de retrait en faveur des créanciers postérieurs ; enfin envoi en possession de tous les créanciers dûment couverts.

Le but de toutes ces législations est manifestement de tirer de l'immeuble grevé le meilleur prix possible. Suivant les circonstances locales, ce but sera mieux atteint par les enchères publiques ou par la prise de possession par l'un des premiers intéressés.

IV. *Japon*. — Le nouveau Code civil fut promulgué en 1890 ; il devait entrer en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1893, mais, dès 1892, sa révision fut jugée nécessaire. Les trois premiers livres du nouveau projet ont été promul-

gués le 23 avril 1896. Ils comprennent les dispositions générales, les droits réels et le droit de créance : c'est donc en cette première partie du Code civil japonais qu'il faut chercher les règles relatives à la clause de voie parée.

Le chapitre ix du livre II traite du droit de gage et se trouve divisé en quatre sections. La première contient les dispositions générales de la matière : elles sont évidemment applicables à tous les droits de gage dont il est parlé plus loin, par conséquent au gage immobilier, qui, seul, doit retenir notre attention.

L'une de ces dispositions forme l'article 349, ainsi conçu : « Celui qui a constitué le gage ne peut, soit par l'acte constitutif, soit par une convention antérieure à l'exigibilité de la dette, convenir que le gagiste aura, à titre de paiement, la propriété de la chose engagée, ni lui permettre d'en disposer autrement que par les moyens déterminés par la loi. »

C'est, on le voit, la prohibition formelle de la clause de voie parée. Comme en Allemagne, elle atteint même les conventions postérieures au contrat de prêt. Or, nous avons déjà dit, en étudiant la législation allemande, ce que nous pensions de cette sévérité.

Nous venons d'examiner, dans les principales législations étrangères, ce qui a trait à la réalisation du gage hypothécaire. Nous avons omis à dessein l'Italie et l'Espagne, pays de race latine, où l'influence des Codes français a toujours été considérable. Au point de vue qui

nous occupe, les Codes de ces deux pays ont reproduit à peu près textuellement notre article 742.

Constatons que les législations étrangères cherchent, en général, à simplifier et à accélérer les procédures coûteuses et lentes qui s'opposent au recouvrement immédiat et intégral des créances. C'est à la France maintenant d'opérer semblable réforme dans ses lois.

## CHAPITRE II

### PROJETS DE RÉFORME.

L'utilité de la clause de voie parée a été reconnue et proclamée par le législateur et par le gouvernement lui-même depuis la loi de 1841. Aussi diverses tentatives ont-elles été faites pour mettre fin à la prohibition dont elle est l'objet.

C'est ainsi que dès 1850, lors de la discussion de la loi sur le régime hypothécaire, M. Garnon, fidèle à ses idées de 1841, proposa un amendement qui tendait à l'abrogation de l'article 742, à la condition que des garanties fussent prises contre les abus qui pourraient résulter de la liberté ainsi rendue aux parties. Mais cet amendement fut rejeté.

Nous avons vu plus haut qu'en 1852, lors de la loi spéciale sur le Crédit foncier, le gouvernement a reconnu qu'il était nécessaire d'y insérer la faculté de stipuler la clause de voie parée. D'ailleurs, le Code de procédure lui-même admet cette clause et la possibilité de recourir aux notaires, dans la procédure de conversion de saisie en vente volontaire, avec cette aggravation toutefois qu'il la permet alors que tous les frais sont déjà faits.

En 1856, le Gouvernement manifesta publiquement l'intention de rendre la clause de voie parée accessible

aux simples particuliers et notamment aux petits propriétaires. Il déposa un projet de loi sur les petites ventes, par lequel il autorisait l'emploi de cette clause. Cette autorisation n'était donnée toutefois que sous certaines conditions, dont la première aurait singulièrement restreint l'emploi de la loi nouvelle : pour que les immeubles pussent être saisis et vendus sans l'observation des règles du droit commun, il fallait, en effet, qu'ils n'eussent pas une valeur excédant celle représentée par une contribution foncière de 20 francs en principal, d'après la matrice cadastrale.

Voici d'ailleurs les termes mêmes de l'article 67 de ce projet de loi : « La convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est valable aux conditions suivantes, savoir : 1° que les immeubles à vendre n'auront pas une valeur excédant celle représentée par une contribution foncière de 20 francs en principal, d'après la matrice cadastrale ; 2° que le notaire chargé de la vente sera commis par le président du tribunal sur simple requête présentée par le poursuivant, et qu'il ne pourra réclamer que les droits fixés pour la vente judiciaire ; 3° que la vente ne pourra avoir lieu qu'après un commandement de trente jours, et après les publications faites et certifiées, conformément aux dispositions de la présente loi. »

Cette disposition fut expliquée et justifiée dans le projet

lui-même : « Jusqu'à la loi de 1841, il arrivait souvent, dit l'exposé des motifs, que pour prévenir les frais désastreux d'une saisie immobilière, on stipulait dans les contrats de prêt une clause par laquelle l'emprunteur donnait au créancier le mandat irrévocable de vendre l'immeuble hypothéqué devant notaire et sans formalités de justice. La légalité de cette stipulation, connue sous le nom de clause de voie parée, avait été solennellement confirmée par la Cour de cassation. Et cependant l'article 742, portant prohibition de cette clause, n'en passa pas moins peu de temps après dans la loi du 2 juin 1841, malgré l'opposition des plus éminents jurisconsultes. Ceux-ci démontrèrent jusqu'à l'évidence, qu'outre l'atteinte portée au principe de la liberté des conventions, cette prohibition, loin d'améliorer la position des petits propriétaires, n'aurait d'autre résultat que de l'aggraver ; qu'elle forcerait les prêteurs à recourir à d'autres moyens d'exécution pires que cette clause, aux lettres de change, aux ventes à réméré, cette plaie des campagnes, et enfin à tous ces mauvais contrats qui n'ont été imaginés que par suite de l'interdiction des contrats légitimes. »

« La clause de voie parée, ajoute l'exposé des motifs, sera un moyen de concourir à l'établissement du crédit agricole, car on ne prête plus aujourd'hui, même avec première hypothèque, sur les biens de minime valeur, dans la crainte que le prix n'en soit absorbé par les frais de vente judiciaire et par les frais d'ordre. »

Cet aveu n'a pas été renouvelé depuis ; mais les faits

ne sont pas venus en affaiblir l'importance, car les saisies immobilières deviennent de jour en jour plus nombreuses et les frais ne diminuent pas, malgré les dispositions de la loi nouvelle de 1884.

Ce projet de loi n'a pas abouti.

L'idée fut reprise à une époque récente par un député, M. Dupuy-Dutemps. Il présenta, à la séance de la Chambre du 28 novembre 1893, une proposition de loi « ayant pour objet d'abroger l'article 742 du Code de procédure et de le remplacer par une disposition permettant l'emploi de la stipulation de la clause dite voie parée dans les actes d'obligation ». Dans l'exposé des motifs, M. Dupuy-Dutemps s'élève contre les lenteurs et les frais de la procédure de saisie immobilière, qui sont une entrave considérable pour le crédit agricole, et il démontre qu'en attendant une simplification des règles de droit commun relatives à l'expropriation forcée, on pourrait atténuer le mal rapidement en abrogeant l'article 742. La proposition assure toutefois aux intéressés la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence.

Cette proposition de loi fut appuyée par MM. Dubois, Montant, Georges Leygues, Georges Graux et Maurice Lasserre. Elle fut renvoyée à la première commission d'initiative parlementaire le 30 novembre 1893. La prise en considération eut lieu le 20 janvier 1894, et une commission fut nommée le 8 février suivant. Mais depuis cette époque, la commission n'a pas donné signe de vie.

A côté de ces projets de loi, tendant au rétablissement

de la clause de voie parée, il y en eut d'autres qui avaient seulement pour but de remédier aux inconvénients du Code de procédure en matière de saisie, et notamment d'en diminuer les frais considérables.

Déjà, en 1876, MM. Dufaure et Léon Say avaient déposé, au nom du Gouvernement, un projet de loi tendant à abaisser, dans de notables proportions les frais de vente judiciaire d'immeubles, dont la valeur ne dépassait pas 2.000 francs.

On sait que les frais occasionnés par les ventes judiciaires d'immeubles se composent de deux éléments : 1<sup>o</sup> les droits perçus par le Trésor (enregistrement, timbre, greffe, hypothèque) ; 2<sup>o</sup> les émoluments des officiers ministériels (avoués, huissiers, greffiers, notaires). Or, pour réaliser devant la justice la vente de la plus petite parcelle de terre, il fallait exposer au moins 351 francs de frais. Sur cette somme, il revenait au Trésor 127 francs et aux officiers ministériels 224 francs. Si l'on mettait en vente une parcelle de terre d'une valeur de 100 francs, les vendeurs, après la vente, non seulement ne touchaient rien, mais se trouvaient encore débiteurs envers le Trésor et envers les agents de la loi de 251 francs. Si l'immeuble se vendait 200 francs, la vente ne procurait également rien aux vendeurs qui demeuraient encore débiteurs envers les agents de la loi de 151 francs. Si la vente s'élevait à 400 francs, les vendeurs ne recevaient qu'une somme de 49 francs.

MM. Dufaure et Léon Say, en présence de ces faits,

proposaient simplement que les droits perçus par le Trésor fussent restitués aux vendeurs et que les émoluments des officiers ministériels fussent diminués dans la proportion de 40 0/0 environ. « Dans un pays comme le nôtre, disaient les auteurs du projet, où la propriété est très divisée, l'intérêt public, aussi bien que la justice, exige que les petits patrimoines soient protégés contre une exagération des frais judiciaires qui équivaut pour eux à une véritable ruine. » Comme on le voit, il était impossible d'être moins exigeant. Néanmoins ce projet de loi ne rencontra pas dans les Chambres l'accueil qu'on était en droit d'espérer. On n'osa pas, il est vrai, le combattre ouvertement, mais on le confia à une commission et l'on n'en parla plus.

Le projet de MM. Dufaure et Léon Say resta ainsi oublié pendant huit années consécutives. Ce n'est que le 23 octobre 1884 que la Chambre se décida à exhumer ce projet de loi et à le voter, non toutefois sans lui avoir fait subir de profondes modifications.

En vertu de cette loi, pour tous les immeubles dont le prix d'adjudication ne dépasse pas 2.000 francs, le Trésor rembourse intégralement tous les frais de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque perçus par lui ; et en outre, pour ceux de ces immeubles dont le prix d'adjudication ne dépasse pas 1.000 francs, cette loi impose aux officiers ministériels, qu'elle qualifie d'agents de la loi, une réduction d'un quart sur leurs émoluments.

Le législateur se promettait d'heureux résultats de son

œuvre ; il n'en a rien été. En effet, pour une diminution minime des frais de la procédure, les formalités que celle-ci entraîne à l'occasion de ces ventes judiciaires, devenant de jour en jour plus compliquées et plus nombreuses, comme le témoigne le nombre croissant des incidents qui ont presque doublé depuis la promulgation de la loi du 23 octobre 1884, cette loi est rendue radicalement inefficace.

Ainsi donc, tout en marquant les bonnes intentions du législateur pour la petite propriété, la loi de 1884 n'a pas répondu jusqu'à présent à ses vues. « C'est une loi d'attente ! » disait d'elle, dès 1885, le garde des sceaux, M. Guérin. Et cependant, depuis lors, elle attend toujours quelque mesure propre à la faire fonctionner mieux, ou même à lui substituer un ordre de choses entièrement nouveau.

L'idée de la proportionnalité des frais paraît susceptible de résultats plus rapides et plus considérables. En vertu d'un arrêté ministériel du 5 décembre 1900, une commission réunie sous la présidence de M. le garde des sceaux a entrepris l'étude des modifications qui pourraient être introduites dans ce sens et l'on peut espérer que, lorsqu'elle aura mené sa besogne à bonne fin, un tarif plus équitable viendra proportionner souvent le coût de chaque acte à l'importance de l'intérêt qu'il a pour but de faire valoir.

Mais ce tarif est encore en voie d'élaboration. De plus, pourra-t-il réduire le nombre de ces actes ? Introduira-t-il

plus de rapidité dans la procédure ? Diminuera-t-il le nombre de ces incidents dont la trop grande multiplicité a singulièrement paralysé la loi du 23 octobre 1884 et suffirait à contrebalancer l'effet du meilleur tarif ?

Evidemment non ! Les améliorations de cet ordre dépassent sa portée. La simplification des phases des procédures pourrait seule produire ces effets essentiels. Dans la séance tenue le 27 juin 1901 par la commission de réforme des tarifs civils, M. le premier président Forichon a fait une déclaration formelle en ce sens, et le Parlement a déjà manifesté à plusieurs reprises les mêmes sentiments.

La loi fiscale du 26 janvier 1892, présentée par M. Brisson, a, du reste, aplani les voies en organisant une taxation dont l'économie générale est conçue de manière à dégager de toute opposition du fisc l'introduction de la plupart des réformes projetées.

Quant aux réformes elles-mêmes, elles ont pris corps dans un projet de loi portant révision du Code de procédure civile, qui a été déposé le 3 mai 1894, au nom du gouvernement, par M. Antonin Dubost, ministre de la justice (1), et qui a été représenté le 25 octobre 1898 par M. Sarrien, son successeur. L'impression générale qui se dégage de la lecture de ce projet est celle d'un progrès sensible sur l'ensemble du Code actuel, mais on ne peut s'empêcher de craindre que, dans la matière spéciale de

(1) *Journal officiel*, Doc. parlam., Chambre, 1894, p. 665.

la saisie immobilière, les quelques suppressions de formalités auxquelles il se borne jusqu'à présent, ne puissent procurer qu'une économie, toujours utile, mais beaucoup trop restreinte.

## CONCLUSION

Nous croyons avoir suffisamment démontré tous les avantages de la clause de voie parée. Elle permet au débiteur d'emprunter sur toute la valeur de son immeuble, sans s'exposer à la procédure longue et ruineuse de la saisie immobilière. Elle diminue les charges du crédit, elle en facilite la diffusion, elle rend le créancier plus facile et le débiteur plus exact, elle moralise le prêt. Loin de susciter des difficultés et de faire naître les procès, elle tend plutôt à les conjurer en simplifiant les formalités de la procédure et en diminuant les frais.

Nous avons vu qu'un grand nombre de jurisconsultes sont favorables à son rétablissement, et que la jurisprudence elle-même penche vers l'interprétation la plus étroite de l'article 742 du Code de procédure civile, qui n'a, du reste, été voté en 1841 qu'après de grandes résistances et à une très faible majorité.

Dans son *Traité du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, M. Troplong a déclaré que la clause de voie parée lui a toujours paru parfaitement licite, dégagée d'inconvénients et utile au débiteur ; il appelle « aveugle » le préjugé qui s'est élevé contre elle et soutient que c'est à force de crier dans les tribunaux, dans les Chambres et ailleurs, qu'on est parvenu à arracher au législateur une

disposition la proscrivant : « Conçoit-on une idée plus bizarre et plus ridicule, ajoutait M. Troplong, que de considérer les formalités de la saisie réelle comme tellement d'ordre public que la volonté libre des parties ne puisse s'en affranchir ? Conçoit-on que celui qui peut vendre son bien sans formalités, ne puisse pas stipuler qu'il sera vendu avec certaines formalités qui lui conviennent et qui, du reste, sont pleinement satisfaisantes pour la raison, le crédit et la bonne foi ? »

De son côté, M. Joppé (*Journ. des notaires*, 1900, p. 471) propose le rétablissement de la clause de voie parée, soit avec limitation de valeur, soit sans limitation. Craignant un échec en réclamant le rétablissement intégral, il estime au contraire qu'on aurait les plus grandes chances de réussir si l'on tentait actuellement un rétablissement partiel, en profitant de la tendance du Parlement à réduire les frais des petites affaires.

Selon lui, la clause de voie parée devrait être réservée, comme un secours d'extrême misère, aux seuls petits emprunteurs et prêteurs. En ce cas, il y aurait lieu de poser deux limites : l'une, pour le montant du prêt en capital, qui pourrait être fixée à la somme de 3.000 francs ; l'autre, pour la valeur de l'immeuble, que l'on pourrait fixer à 5.000 francs.

Mais de semblables restrictions sont-elles indispensables pour l'admission de la clause en question ? Pourquoi apporter une pareille limitation à l'exercice du droit qui aurait été stipulé au profit du créancier ? Si l'application de

la voie parée aux petites créances, aux petits immeubles, est reconnue excellente, pourquoi en priver les autres ? Il n'existe aucune raison pour violer sur ce point le principe d'égalité. De plus, ne voit-on pas toutes les difficultés que l'on aura, malgré les systèmes les plus ingénieux, à trouver un moyen qui permette au président du tribunal de vérifier, avec une approximation suffisamment exacte, si la valeur des biens hypothéqués permet de les soumettre à la vente par voie parée ?

Il faut être plus libéral et, faisant disparaître franchement toutes les limites, chercher à provoquer le rétablissement général de la voie parée. D'ailleurs, c'est à ce dernier parti que se sont arrêtés les derniers textes français ; aucune espèce de limitation ne subsiste dans la proposition de loi Dupuy-Dutemps de 1893, ni dans le décret de 1897 pour Madagascar. La divergence la plus importante qui existe entre ces deux textes porte sur le mode de désignation du notaire. L'un l'abandonne aux parties dans le contrat, l'autre juge préférable de la confier au magistrat. Ce faisant, le premier texte économise les frais de requête et d'ordonnance. Un accord entre créancier et débiteur, tous deux intéressés au succès de la vente, détermine d'avance le notaire qui en sera chargé.

Le second texte réserve l'avenir. Il laisse la possibilité de faire faire la vente soit dans l'étude désignée au contrat, et le plus souvent il en sera ainsi, soit dans une étude différente, si des motifs graves, que le magistrat est assurément capable d'apprécier, rendent ce changement utile à la

vente. En faisant ainsi du notaire un délégué de la justice, ce texte donne plus de satisfaction à cet ancien principe qu'une expropriation immobilière ne doit point avoir lieu sans intervention judiciaire ; il soustrait le notaire au reproche, que pourraient lui adresser des débiteurs mécontents, d'agir en instrument du créancier ; il lui donne plus d'indépendance, plus d'autorité ; il laisse l'aliénation forcée, à laquelle ce notaire procède, bénéficier d'une sorte de contrôle et de caractère judiciaire, sous la forme extérieure de la vente volontaire.

D'autre part, il est utile que les créanciers, autres que le poursuivant, soient particulièrement avertis afin que, s'ils le jugent utile au remboursement de leurs créances, ils puissent aider l'immeuble à parvenir au plus haut prix possible, soit à l'aide de la publicité d'affiches supplémentaires, soit en poussant les enchères. Il est utile également que les incapables révélés par le titre, et le procureur de la République, qui est leur représentant légal, soient informés de l'expropriation qui se prépare. Il est facile d'arriver à ces résultats à frais très modiques, en faisant avertir tous les intéressés par lettres recommandées du greffe, analogues à celles dont l'article 492 du Code de commerce prescrit l'envoi aux créanciers d'un failli.

Enfin, si peu d'économie que procure la loi du 23 octobre 1884 sur les ventes des petits immeubles, pour ne rien négliger et aussi pour éviter toute controverse sur son application à cette procédure spéciale, on pourrait spéci-

fier que le bénéfice de cette loi lui demeurera assuré.

Déjà, en considération de ces divers motifs, un grand nombre de conseils généraux ont réclamé la clause de voie parée, tandis qu'à plusieurs reprises le Conseil supérieur de l'agriculture et du commerce en a, lui aussi, formellement demandé le rétablissement.

Il n'est donc pas téméraire d'espérer qu'un jour viendra, et nous souhaitons qu'il soit prochain, où la discussion de cette clause, qui paraît vraiment conforme aux aspirations du pays et à une bonne organisation du crédit hypothécaire, sera reprise devant les Chambres. La tâche du législateur sera d'ailleurs singulièrement facilitée par l'exemple des législations étrangères et par le souvenir des heureux résultats qu'avait produits en France l'application de la clause de voie parée antérieurement à la loi de 1844.

Il nous semble que l'on pourrait adopter un texte analogue à celui-ci, que propose M. Joppé :

« A l'article 742 du Code de procédure civile est apportée l'exception ci-après :

« Les parties pourront convenir dans l'acte authentique d'emprunt que, faute de paiement à l'échéance, soit du capital, soit des intérêts, et sans observer les formalités prescrites pour la saisie immobilière, le créancier pourra faire vendre les immeubles hypothéqués aux enchères publiques, par devant un notaire qui, sur requête, sera désigné par ordonnance du président du tribunal de première instance de la situation des biens.

« En ce cas, le créancier impayé fera commandement au débiteur de payer la somme due dans le délai de 30 jours. Le commandement sera donné à la personne ou à domicile ; il énoncera la nature et le montant de la créance ; il contiendra élection de domicile au lieu de la situation des biens ; il énoncera que, faute de paiement dans les 30 jours, il sera procédé au dépôt de la requête pour procéder à la vente ; l'huissier ne se fera pas assister de témoins ; il fera, dans les 24 heures, viser l'original par le maire du lieu où le commandement sera signifié. Faute de paiement dans ce délai, le créancier présentera au président du tribunal de la situation des immeubles hypothéqués une requête, afin d'obtenir la désignation d'un notaire pour procéder à la vente aux enchères. A cette requête seront annexés : un état des inscriptions hypothécaires, la liste des tiers détenteurs de l'immeuble et celle des incapables pouvant avoir droit à une hypothèque légale sur l'immeuble, et connus du poursuivant d'après son titre.

« Par ordonnance, le Président désignera le notaire ou, dans le cas où la diversité de situation des immeubles le nécessiterait, les notaires pour procéder à la vente, ainsi que le journal de chaque arrondissement de la situation des biens dans lequel trois publications seront faites, et il prescrira l'apposition de placards dans les lieux désignés par l'article 699 du Code de procédure civile. Ces placards contiendront le nom du propriétaire débiteur, l'indication sommaire de la situation de la propriété, de sa contenance

et de ses limites, la mise à prix, le jour, l'heure, le lieu de l'adjudication, le nom du notaire qui procédera aux enchères.

« Dans les huit jours au plus tard qui suivront l'ordonnance, outre un jour par cinq myriamètres de distance entre le siège du tribunal et le domicile du destinataire, notification de ladite ordonnance sera faite par lettre recommandée et par les soins du greffe au notaire commis, au débiteur, à sa femme, à chacun des créanciers inscrits autres que le requérant, aux incapables sus-énoncés. Avis de ladite ordonnance sera donnée par le greffe sur papier libre au procureur de la République.

« La vente aux enchères ne pourra s'effectuer au plus tôt que trente jours après l'ordonnance et quinze jours après l'apposition des affiches et la deuxième publication, le dernier de ces délais pouvant se confondre avec le premier.

« Si le créancier laisse écouler plus de quatre-vingt-dix jours entre l'ordonnance et la vente, il ne pourra plus faire procéder à celle-ci qu'à condition de réitérer le commandement dans les formes et avec les délais ci-dessus et, en ce cas, il supportera seul les frais du commandement périmé.

« Par application de la loi du 23 octobre 1885, le président, dans son ordonnance, pourra prescrire que les placards et insertions ne contiendront qu'une désignation très sommaire de l'immeuble, et même que les placards

seront manuscrits et apposés sans procès-verbal d'huisier dans les lieux qu'il désignera.

« Le bénéfice des réductions de prix d'insertion et de celles des émoluments des officiers publics, ainsi que la restitution des sommes payées au Trésor, qui sont édictées par la loi du 23 octobre 1884, sera acquis aux ventes ainsi faites, lorsque le prix d'adjudication ne dépassera pas 1.000 francs. »

Notre conclusion sera donc celle-ci : au lieu d'assujettir les emprunteurs et les prêteurs hypothécaires à l'emploi de la procédure de saisie immobilière, il est préférable de leur accorder la liberté de stipuler la clause de voie parée.

Par cette clause, dont la légitimité a été reconnue jusqu'en 1841, et qui a été déjà rétablie depuis cette époque pour le Crédit foncier et pour notre colonie de Madagascar, la procédure préalable à la vente se trouvera réduite à quelques formalités très simples. Soixante-quinze jours suffiront pour la mener à bonne fin. Des sommes, qui autrement auraient été perdues en frais de procédure, seront épargnées. L'amour-propre et souvent l'honneur du débiteur seront ménagés. Enfin, cette voie d'exécution, organisée comme nous l'indiquons, pourra présenter, outre les avantages de rapidité et d'économie, la triple garantie de la mise en demeure du débiteur, de la publicité et de la concurrence, conformément aux desiderata exprimés par la Cour de cassation dans son fameux arrêt du 20 mai 1840.

---

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                         | Pages |
|-------------------------|-------|
| BIBLIOGRAPHIE . . . . . | v     |
| INTRODUCTION . . . . .  | 1     |

### PREMIÈRE PARTIE

#### HISTORIQUE DE LA PROHIBITION DE LA CLAUSE DE VOIE PARÉE

|                                                     |    |
|-----------------------------------------------------|----|
| PRÉLIMINAIRES . . . . .                             | 9  |
| CHAPITRE I. — Droit romain. . . . .                 | 12 |
| CHAPITRE II. — Droit franc. . . . .                 | 20 |
| CHAPITRE III. — Droit féodal et coutumier . . . . . | 26 |
| CHAPITRE IV. — Ordonnances royales. . . . .         | 40 |
| CHAPITRE V. — Droit intermédiaire . . . . .         | 47 |
| CHAPITRE VI. — Code de procédure. . . . .           | 50 |

### DEUXIÈME PARTIE

#### EXAMEN CRITIQUE DE LA PROHIBITION

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Discussions parlementaires et vote de la loi du<br>2 juin 1841 . . . . . | 67  |
| CHAPITRE II. — Critique de la prohibition . . . . .                                    | 81  |
| CHAPITRE III. — Analyse et interprétation de la prohibition . .                        | 117 |

### TROISIÈME PARTIE

#### DRIT COMPARÉ ET PROJETS DE RÉFORME

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Droit comparé . . . . . | 133 |
|---------------------------------------|-----|

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Législations qui admettent expressément la clause de voie parée</i> . . . . . | 134 |
| § 2. — <i>Législations qui repoussent cette clause.</i> . . . .                         | 143 |
| CHAPITRE II. — Projets de réforme. . . . .                                              | 154 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                    | 163 |

Vu :

Le Président de la Thèse,  
PIÉDELIEVRE.

Vu :

Le Doyen,  
Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,  
L. LIARD.



---

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

---